Die Verträge auf dauernde Leistungen (Dauerverträge).

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LIBRAT. SIBL.

vorgelegt von

Max Steinberger

aus Bamberg

Rechtspraktikant am kgl. Landgericht zu Bamberg.

Approbiert am 16. November 1910.

Schongau a. L.

C. Fr. Bornschein's Buchdruckerei.

1910.

127

Referent: Univ.-Professor Dr. Heinr. Siber.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

		Seite
Einleitung	§ 1.	1.
I. Abschnitt.		
Allgemeiner Teil.		
Der Begriff „Dauervertrag" . . .	§ 2.	3.
Einteilung und Arten der Dauerverträge	§ 3.	8.
Fortsetzung, die zweite Gruppe der Dauerverträge	§ 4.	13.
Die Vertragsdauer im Besonderen . .	§ 5.	22.
II. Abschnitt.		
Besonderer Teil.		
Die Einrede des nichterfüllten Vertrags .	§ 6.	28.
Die Unmöglichkeit der Leistung.		
I. Die zufällige, nachfolgende Unmöglichkeit.		
a) Vollständige und teilweise Unmöglichkeit	§ 7.	33.
b) Teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit, zeitweilige und dauernde Unmöglichkeit . .	§ 8.	37.
c) Die Anwendbarkeit von § 323 B.G.B. auf Dauerverträge bei bisheriger, nicht vertragsmässiger Leistung	§ 9.	43.

		Seite
II. Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit.		
a) Die vollständige Unmöglichkeit	§ 10.	46.
b) Die vom Schuldner zu vertretende teilweise Unmöglichkeit der Leistung	§ 11.	51.
III. Der Leistungsverzug.		
a) Im Allgemeinen	§ 12.	55.
b) Die Folgen des Verzugs . .	§ 13.	59.
IV. Die positiven Vertragsverletzungen	§ 14.	61.
Die Anwendung der Regeln über positive Vertragsverletzungen auf Dauerverträge	§ 15.	64.
Schluss	§ 16.	73.

Einleitung.

§ 1.

Unter den mannigfachen Publikationen, die durch Staub's bekannte Monographie angeregt, zur Frage der positiven Vertragsverletzungen Stellung nehmen, verdient ein Aufsatz von Müller-Erzbach in der deutschen Juristenzeitung[1]) unter dem Titel: „Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen" besondere Beachtung. Müller-Erzbach geht nämlich bei Besprechung der Frage ob positive Vertragsverletzungen bei Sukzessivlieferungsverträgen dem vertragstreuen Gläubiger ein Rücktrittsrecht gewähren, davon aus, daß jene im Gebiet der positiven Vertragsverletzungen so oft genannte Vertragsart nicht als eine Einzelerscheinung unter den Verträgen betrachtet werden dürfte, sondern nur dann recht gewürdigt werde, wenn man sie auf eine gleiche Linie mit anderen Verträgen wie: Miete, Pacht, Gesellschaft, Kontokorrent-Girovertrag stelle; alle diese Verträge faßt Müller-Erzbach mit der gemeinsamen Bezeichnung „Dauergeschäfte, dauernde Verträge" zusammen.

Erscheint an sich schon eine derartige Zusammenfassung einleuchtend und zweckentsprechend, so wird dieser Eindruck noch erheblich dadurch verstärkt, daß auch sonst

[1]) *D. J. Z. IX. Jhrg. S. 1158 ff.*

in der theoretischen und praktischen Rechtswissenschaft[2]) der Name Dauervertrag oder ein sonstiger synonymer Ausdruck Verwendung gefunden hat, wenn auch nicht immer in völlig gleicher Bedeutung. Umsomehr muss es daher auffallen, dass das B. G. B. zwar einzelne Dauerverträge geregelt hat, aber weder eine dem Worte „Dauervertrag" entsprechende Bezeichnung kennt, noch überhaupt Bestimmungen aufweist, welche darauf hindeuten, dass das Gesetz die gemeinsamen Eigentümlichkeiten dieser Klasse von Verträgen erkannt hat. Infolge hievon ergibt sich die Wahrnehmung, dass bei Anwendung gerade der wichtigsten allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes auf Dauerverträge mancherlei Zweifel und Schwierigkeiten auftauchen, die um so schwerwiegender oft sind, als die einzelnen hierher gehörigen Vertragsarten, wie schon die Zusammenstellung bei Müller-Erzbach beweist, im Rechtsverkehr eine überaus bedeutsame Rolle spielen. Von dieser Erwägung ausgehend, wird es interessant und zugleich lohnend erscheinen, zunächst eine allgemeine Bestimmung und Umgrenzung des Begriffes „Dauerverträge" zu versuchen, dann aber die Anwendung vielleicht auch, die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Schuldverhältnisse, namentlich über gegenseitige Verträge auf Dauerverträge zu prüfen.

---

[2]) *Rehbein, das B. G. B. 1903 II. Bd. S. 173. — Kisch, Unmöglichkeit. S. 87. — Hesse, die Verträge auf fortgesetzte Lieferungen. — R. G. in D. J. Z. IX. Jahrg. S. 215. — Schöller in Gruch. Beitr. Bd. 45, S. 545. — Dernburg Bürgerl. Recht IV. Aufl. II. 2. S. 46. — Brecht, in Jhr. Jahrbüchern Bd. 54, S. 96; in neuester Zeit, Oertmann III S. 201 „Dauerschuldverhältnisse".*

1. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

Der Begriff „Dauervertrag".

§ 2.

Die Dauerverträge bilden eine Klasse unter den obligatorischen Verträgen. Als solche stellen sie eine zweiseitige, übereinstimmende Willenserklärung dar, durch die für den einen Kontrahenten, den Schuldner, die Pflicht begründet wird, eine Leistung zu bewirken, für den anderen das Recht, diese Leistung zu fordern. Da der Inhalt und eigentliche Zweck des Vertrages sonach durch die geschuldete Leistung bestimmt wird, so kennzeichnen die ihr charakteristischen Merkmale zugleich auch das Wesen des Vertrages, auf Grund dessen sie geschuldet wird. Daher ist es zweckmässig, um zu einer scharfen Erfassung des Begriffes Dauervertrag zu gelangen, von der dauervertraglichen Leistung auszugehen.

Schon im gemeinen Recht ist die Einteilung der Leistungen in vorübergehende und in dauernde bekannt. Bei Savigny[1]) wird unter einer vorübergehenden Leistung eine Leistung verstanden, die nur ein augenblickliches Dasein hat oder die als keinen Zeitraum erfüllend gedacht wird, indem die auch für sie allerdings erforderliche geringe Zeit nicht in Betracht kommt und als gleichgültig erscheint; dagegen verbreitet sich nach Savigny die dauernde Leistung stets über einen ganzen Zeitraum, sodass diese Zeiterfüllung zu ihrem Wesen gehört. Von einem etwas abweichenden Gesichtspunkt aus wird die Leistung bei Windscheid-Kipp[2]) eine vorübergehende oder dauernde genannt, je

---

[1]) *Savigny, Obligationenrecht, S. 302 Bd. I.*

[2]) *Windscheid - Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 1906 S. 15.*

nachdem sie die Willenstätigkeit in einer nur vorübergehenden oder in einer dauernden Weise in Anspruch nimmt.

Bevor wir auch unsererseits auf den Unterschied zwischen dauernder und vorübergehender Leistung eingehen, ist es nötig, darüber klar zu werden, in welchem Sinne hiebei der Begriff Leistung zu verstehen ist; denn dieser Begriff hat eine doppelte Bedeutung, je nachdem wir ihn entweder zu dem Schuldner oder zu dem Gläubiger in Beziehung setzen:[3])

Leistung des Schuldners ist das ganze Verhalten, das dieser bekunden muss, um seiner schuldrechtlichen Verpflichtung nachzukommen.

Leistung in Rücksicht auf den Gläubiger dagegen ist die Verschaffung des wirtschaftlichen Gutes, das zu fordern er berechtigt ist.

Diese beiden Bedeutungen sind einander nichts weniger als identisch, vielmehr stehen sie unter sich in einem Verhältnis von Ursache und Wirkung: Der Schuldner ist verpflichtet, Bedingungen zu setzen, die alle auf die Verschaffung bestimmter wirtschaftlicher Güter gerichtet sind, der Gläubiger aber nur berechtigt, zu fordern, dass diese Verschaffung eintritt. Würden wir bei der Unterscheidung von vorübergehender und dauernder Leistung das Wort Leistung in der ersteren Bedeutung auffassen, so wäre eine scharfe Grenzziehung überhaupt ausgeschlossen; denn jenes Setzen von Bedingungen stellt eine körperliche oder geistige Tätigkeit dar; eine Tätigkeit ist aber nur innerhalb einer Zeitdauer denkbar, die im einzelnen vielleicht verschwindend kurz sein mag, die jedoch nie als vorübergehend, d. i. ohne zeitliche Ausdehnung angesehen werden kann. Ein Beispiel wird dies erläutern, und zwar wollen wir uns die Leistung vergegenwärtigen, zu der der Verkäufer auf Grund des Kaufvertrags gemäss § 433 B. G. B. verpflichtet ist. Nehmen wir als einfachsten Fall einen sogen. Handkauf, bei dem der Verkäufer die verkaufte, bewegliche Sache un-

---

[3]) *Dernburg IV. Aufl. II. 1. S. 21; vergl. auch Siber. die Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht § 6, S. 173 ff.*

mittelbar dem Käufer übergibt und so seinen beiden Verpflichtungen: Besitzübergabe und Eigentumsverschaffung (§ 433 B. G. B.) in einem einzigen Akte nachkommt, so besteht die dem Verkäufer obliegende Tätigkeit mindestens darin, dass er den verkauften Gegenstand ergreift, ihn dem Käufer darbietet und überreicht. Nun können wir uns aber auch vorstellen, dass der Verkäufer die eben geschilderte Tätigkeit durch einen andern auf Grund eines mit diesem geschlossenen Dienstvertrags vornehmen lässt; dann ist die äusserlich ganz gleichgebliebene Handlung eine Dienstleistung geworden. Als solche aber ist sie, wie wir uns aus der einschlägigen Literatur leicht überzeugen können, eben so notwendig eine Dauerleistung, wie die Leistung des Verkäufers eine vorübergehende ist[4]).

Hieraus geht hervor, dass wir den Begriff nicht in seiner obigen ersten Bedeutung betrachten dürfen, wenn wir das den Unterschied klarlegende Moment finden wollen. Stellen wir uns aber jetzt, um bei unserem Beispiel zu bleiben, auf die Seite des Käufers, so wird sich sofort deutlich zeigen, worauf es allein ankommen kann: Der Käufer ist berechtigt zu fordern, dass ihm das Eigentum (und der Besitz) an dem Kaufgegenstand verschafft wird. Seine Forderung wird von dem Augenblick an erfüllt, in welchem also das Eigentum an jener Sache anfängt auf ihn überzugehen. Mit eben diesem Augenblick aber ist notwendig der Eigentumswechsel auch schon vollendet und es ist undenkbar, dass hiezu ein Zeitraum und sei es ein noch so unbedeutender nötig wäre. Denn entweder gehört die Sache noch dem Verkäufer oder aber schon dem Käufer; das Eigentum der beiden an der gekauften Sache löst sich gegenseitig unmittelbar ab und wird nur geschieden durch einen einzigen Zeitpunkt, in dem sich eben der Übergang des Eigentums vollzieht. Auf diesem Zeitpunkt ist die Leistung, die der Gläubiger zu fordern berechtigt ist, konzentriert und es ist daher gerechtfertigt, von der auf Grund eines Kaufvertrags zu bewirkenden Leistung als einer vorübergehenden zu sprechen. Verallgemeinern wir diese Er-

---

[4]) *Vergl. u. a. einerseits Savigny aa. O., andererseits Schultzenstein Arch. für bürg. Recht Bd. 23: „§ 617" S. 219.*

kenntnis, so können wir den Grundsatz aufstellen: eine Leistung ist dann eine vorübergehende oder — was hiemit gleichbedeutend ist, eine einmalige, — wenn sie ihrer Natur nach dem Gläubiger in einem Zeitpunkt erbracht wird, ihre Erfüllung sich sonach nicht über einen Zeitraum erstreckt. Materiell sind solche Leistungen dadurch charakterisiert, dass sie durch einen einmaligen Rechtsakt die absolute und endgültige Verschaffung eines wirtschaftlichen Gutes herbeiführen.

Unschwer ist es nunmehr, den Begriff Dauerleistung dahin zu bestimmen, dass hierunter Leistungen zu verstehen sind, deren Erbringung einen Zeitraum beansprucht. Im Gegensatz zu den vorübergehenden Leistungen bedeutet der Zeitpunkt, in dem die Erfüllung einsetzt, nicht auch deren unmittelbaren Abschluss, sondern lediglich den Anfang der Verschaffung des geforderten wirtschaftlichen Gutes, sonach den Leistungsbeginn, von dem aus die Leistung bis zu einem weiteren, in der Zukunft liegenden, abschliessenden Zeitpunkt „dauert". Mag der dazwischen liegende Zeitraum grössere oder kleinere Ausdehnung aufweisen, immer ist eine dauernde Leistung solange gegeben, als wir die beiden Zeitpunkte, Anfang und Ende der Leistung, überhaupt als selbständig einander gegenüberstehend noch zu erkennen vermögen[5]). Dauernde und vorübergehende Leistung verhalten sich sonach ähnlich wie Linie und mathematischer Punkt.

Wir haben die vorstehende Betrachtung angestellt, um durch sie zu dem Begriff Dauervertrag zu gelangen. Wie nun ein Vertrag, bei dem einer der beiden Kontrahenten zu einem Verkaufe, zu einer Dienstleistung usw. verpflichtet ist, ein Kauf-, ein Dienstvertrag genannt wird, so ist für einen Dauervertrag begriffsbestimmend, dass er auf eine Dauerleistung gerichtet ist. Setzen wir jetzt das für Dauer-

[5]) *auch bei sogen. einmaligen Dienstleistungen etc. z. B. Verpflichtung, auf einer Versteigerung mitzubieten, ist ein, wenn auch geringer Zeitraum erforderlich, ebenso bei Engagement eines Dienstmanns für eine halbe Stunde (Rümelin Dienstvertrag und Werkvertrag S. 243).*

leistung oben gewonnene Resultat ein, so können wir allgemein sagen: Dauerverträge sind solche Verträge, die sich in ihrer Wirkung über einen Zeitraum dadurch erstrecken, dass die Leistung, zu der mindestens einer der beiden Vertragsteile verpflichtet ist, einen Zeitraum erfüllt.

Dauerverträge in diesem Sinn können auch als Dauerverträge im allgemeinen bezeichnet werden, da ihrer Definition das Wort „dauernd" in seiner allgemeinsten Bedeutung als Ausdruck des zeitlich Währens schlechthin zu Grunde gelegt ist. Der Sprachgebrauch kennt daneben eine Verwendung von „dauernd" bezw. „Dauer" noch in zwei anderen Bedeutungen, nämlich:

1. In der Bedeutung immerwährend, von ewiger Dauer[6]), es ist ohne weiteres klar, dass diese Bedeutung für den Begriff Dauervertrag nicht in Betracht kommen kann; denn es ist rechtlich und tatsächlich ausgeschlossen, dass ein persönlicher Vertrag für unbegrenzte Zeit geschlossen wird.

2. In der Bedeutung dauerbar, dauerhaft, von längerer Dauer[7]). Aus dem Wesen der Dauerverträge folgt nun aber, dass die ihnen charakteristischen Eigenschaften, die sie in Gegensatz stellen zu den Verträgen mit vorübergehender Leistung, ganz besonders intensiv dann in die Erscheinung treten werden, wenn die Dauer eine verhältnismässig ausgedehnte ist. Manche besondere Fragen im Gebiete der Dauerverträge werden sogar ihre Bedeutung überhaupt erst dann recht erkennen lassen, wenn vorausgesetzt ist, dass die Verträge für einen längeren Zeitraum abgeschlossen sind. So kommt es, dass neben dem obigen allgemeinen Begriff der Ausdruck Dauervertrag noch in einem zweiten Sinn gebraucht wird, bei dem sich das Moment des Dauerns zu einem „Lange dauern" verdichtet hat[8]). Diese besondere Bedeutung begegnet uns vor allem in Darstellungen der positiven Vertragsverletzungen und

---

[6]) *Z. B. vergl. § 1169 B. G. B.*

[7]) *Vergl. § 617 B. G. B. Dazu Schultzenstein a. a. O.*

[8]) *Hesse, a. a. O. R. G. in D. J. Z. IX. Jhrg. S. 215.*

zwar dann, wenn es sich darum handelt, aus der Eigenschaft der Dauer eines Vertrages unter bestimmten Voraussetzungen für den Gläubiger das Recht zu einer vorzeitigen Lösung des Vertragsverhältnisses abzuleiten. Eine Regel aufzustellen, wann wir es mit dem Begriff Dauervertrag im allgemeinen, wann im besonderen zu tun haben, ist nicht gut möglich, da die Grenze zwischen den beiden Begriffen eine zu fliessende ist. Es ist dies aber auch gar nicht nötig; denn das Sprachgefühl und der Zusammenhang werden uns leicht und sicher sagen können, wann das Wort Dauervertrag in dem einen oder andern Sinn aufzufassen ist. Zudem wird meist auch dann, wenn von Dauervertrag in der Bedeutung von länger dauernden Verträgen die Rede ist, gar nicht ein prinzipieller Gegensatz zu dem allgemeinen Begriff statuiert werden wollen.

Einteilung und Arten der Dauerverträge.

§ 3.

Die Eigenschaft der dauernden Leistungen, einen Zeitraum zu erfüllen, kann in zwei Hauptformen zum Ausdruck gelangen:

a) die Leistung kann so beschaffen sein, dass sie in ununterbrochenem Flusse einen Zeitraum völlig ausfüllt; das Moment des Dauerns ist bei dieser Art von Dauerleistungen so augenscheinlich, dass sie von manchen Schriftstellern[1]) allein als dauernde Leistungen bezeichnet werden. Doch ist diese Auffassung als zu eng anzusehen.

b) die Leistung ist vielmehr auch dann eine dauernde, wenn sie aus mehreren, in einem zeitlichen Abstand einander folgenden, an sich vorübergehenden Rechtsakten besteht.

---

[1]) *Staudinger, II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse I. Teil S. 196, B. Siber, aa. O. S. 180.*

Entsprechend diesen zwei Formen zerfallen auch die Dauerverträge in zwei grosse Gruppen:

Zur ersten Gruppe gehören alle die Verträge, die auf ein beständiges Zur-Verfügung-Stellen von Sachen oder Kräften innerhalb zeitlicher, vertragsmässig bestimmter Grenzen gerichtet sind. Die Leistung, die diese Verträge zum Inhalt haben, erschöpft sich nicht darin, dass sie in einem einmaligen, vorübergehenden Zeitpunkt einen endgiltigen Rechtserfolg herbeiführt, sondern sie besteht in dem ununterbrochenen Erhalten eines bestimmten Rechtszustandes. Wir können diese Verträge Dauerverträge mit kontinuierlicher Leistung oder kurz kontinuierliche Verträge nennen.

Kohler, in seinem Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts[2]) gibt diesen Verträgen den Namen Gegenseitigkeitsgeschäfte mit Rechtsverhältnissen, indem er allerdings nicht nur in Erwägung zieht, dass die aus solchen Verträgen entspringenden Verpflichtungen dauernder Natur sind, sondern auch, dass sie verschiedene Stufen, einer dramatischen Entwicklung vergleichbar, durchlaufen. Im einzelnen umfasst diese Gruppe im Rahmen des bürgerlichen Rechtes folgende Vertragsarten:

1. Miet- und Pachtvertrag, als Vereinbarung zeitlicher Überlassung eines Gegenstandes zum Gebrauche, event. Fruchtziehung.
2. Arbeitsvertrag[3]), soweit er auf ein Tätigsein des Verpflichteten, nicht auf die Herstellung eines Erfolges der Tätigkeit gerichtet ist. Hieher sind zu rechnen:
   a) der Dienstvertrag,
   b) der entgeltliche Verwahrungsvertrag,
   c) die entgeltliche Geschäftsbesorgung.
3. Der Gesellschaftsvertrag, als die auf Zeit begründete Vereinigung von Sachgütern und menschlichen Energien.

---

[2]) *Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II/1, S. 259.*

[3]) *Nach Lotmar: der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches.*

Genau genommen wären dieser Aufzählung auch noch Leihe, unentgeltlicher Verwahrungsvertrag und, sofern die Voraussetzung zu oben 2. gegeben ist, auch der Auftrag einzureihen. Jedoch fasst man wohl stets bei den Dauerverträgen nur die rein zweiseitigen Verträge ins Auge. Nicht nur, weil die Bedeutung der gegenseitigen Verträge für das wirtschaftliche Leben weitaus überwiegt, sondern weil die Dauerverträge gerade in der wechselseitigen Beeinflussung der einander gegenüber stehenden Leistungen rechtliche Schwierigkeiten und darum das vornehmlichste Interesse bieten. Daher können auch für unsere Darstellung jene drei einseitigen Verträge ohne Schaden ausser Betracht bleiben.

Wir haben oben bei der Erwähnung des Arbeitsvertrages betont, dass die unter diesem zusammenfassenden Begriff fallenden Verträge auf ein Tätigsein, nicht auf die Herstellung eines Erfolges gerichtet sein müssen. Hiedurch aber sollte ausgesprochen werden, dass Werkvertrag und ähnliche Verträge, soweit sie im konkreten Fall werkvertraglichen Charakter haben, nicht als Dauerverträge, wie Dienstvertrag usw. anzusehen sind. Gegen diese Ansicht, die unter anderen auch von Endemann und Crome[4]) vertreten wird, wendet sich vor allem Rümelin in seiner Monographie „Dienstvertrag und Werkvertrag"[5]) und mit ihm scheint auch Kohler[6]) übereinzustimmen, da dieser den Werkvertrag unter die Gegenseitigkeitsgeschäfte mit Rechtsverhältnissen einreiht. Doch ist es zum mindesten zweifelhaft, ob Kohler darum den Werkvertrag auch als Dauervertrag in unserem Sinne auffassen will, da er sich in der angeführten Stelle nur darauf stützt, dass auch der Werkvertrag „wenigstens regelmässig eine allmähliche Entfaltung aufweist", dagegen jenes andere Argument, dass die aus solchen Verträgen entspringenden Verpflichtungen dauernder Natur seien, hier ganz unerwähnt lässt. Lässt sich schon hieraus

[4]) *Endemann, 1903 Bd. I. S. 1099. — Crome 1902 Bd. II. S. 675.*

[5]) *Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 243.*

[6]) *Kohler, a. a. O.*

ein Schluss zu Gunsten der von uns aufgestellten Behauptung ziehen, so sprechen dafür auch noch andere gewichtige Gründe:

Es ist zwar richtig, dass der Unternehmer, um das versprochene Werk herzustellen, eine vielleicht recht lange dauernde Tätigkeit entfalten muss, und dass sie durch ein scheinbar ähnliches Vertragsverhältnis geschaffen wird, wie beim Dienstvertrag. — Bekanntlich kann diese Ähnlichkeit soweit gehen, dass ganz dieselbe Tätigkeit je nach der Vereinbarung im konkreten Fall als Erfüllung eines Dienstvertrages oder Werkvertrages denkbar ist[7]). Wie wir aber schon oben als Grundsatz hingestellt haben, müssen wir uns auf den Standpunkt des Gläubigers, nicht auf den des Schuldners stellen, um die richtige Entscheidung treffen zu können: Beim Dienstvertrag erhält der Gläubiger die zu bewirkende Leistung schon von dem Zeitpunkt an, in dem der Schuldner seine Tätigkeit beginnt, z. B. seinen Dienst antritt, und es wird solange weiter geleistet, als die Dienstleistung andauert; dagegen wird beim Werkvertrag für den Gläubiger eine Leistung erbracht erst in dem Augenblick und nur in dem Augenblick, in dem der Erfolg hergestellt, das Werk vollendet wird. Die der Vollendung vorausgehende Arbeit wird bei Kohler, der doch den Werkvertrag zu den Gegenseitigkeitsgeschäften mit Rechtsverhältnissen zählt, nur als Vorbereitungshandlung bezeichnet[8]); jedenfalls ist sie nicht Erfüllungshandlung. Daher fasst man gewöhnlich den Gegensatz von Dienst- und Werkvertrag dahin, dass bei letzteren der Gläubiger berechtigt ist, das Arbeitsergebnis, bei ersterem dagegen Arbeit als solche zu verlangen[9]).

Der Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag zeigt sich auch noch nach einer anderen Richtung. Während der Dienstverpflichtete, der seine Tätigkeit über den Ablauf der vertragsmässig bestimmten Zeitdauer hinaus ausdehnt, mehr leistet als der von ihm übernommenen Verpflichtung entspricht, handelt der Unternehmer vertrags-

[7]) *Vergl. die Beispiele bei Cosack, IV. Aufl. S. 533.*

[8]) *Kohler a. a. O.*

[9]) *Oertmann S. 589, Oertmann III, S. 665 ff.*

widrig, wenn er zur Herstellung des geschuldeten Erfolges mehr Zeit verbraucht, als ihm vertragsmässig eingeräumt ist. Umgekehrt bedeutet ein vorzeitiges Aufhören mit der obliegenden Tätigkeit beim Dienstverpflichteten eine teilweise Nichtleistung, während dem Unternehmer nach § 271 gestattet ist, den Erfolg auch in einer kürzeren Zeit als ursprünglich angesetzt gewesen, herzustellen.

Aus diesen Gründen geht wohl hervor, dass der Werkvertrag ganz ebenso wie der Kauf nicht ein Dauervertrag ist, sondern zu den Verträgen mit vorübergehender Leistung gehört. Zwar lassen sich vom gegenteilischen Standpunkt hiegegen vor allem zwei Argumente vorbringen, doch dürften sich diese unschwer widerlegen lassen.

Zunächst kann darauf hingewiesen werden, dass für den Werkvertrag in § 649 ein Kündigungsrecht statuiert ist, wodurch sich anscheinend ohne weiteres eine Parallele zu Miete, Dienstvertrag usw. ergibt. Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch, dass dieses Kündigungsrecht mit dem in § 621, 626/7 etc. für den Dienstvertrag aufgestellten weder in seinem gesetzestechnischen Entstehungsgrund, noch in seiner Wirkung übereinstimmt. Wie aus den Motiven zum B. G. B.[10]) hervorgeht, hat man entsprechend anderen Gesetzesentwürfen die Bestimmung aufgenommen, dass der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Entschädigung des Unternehmers jederzeit von dem Vertrag zurücktreten kann. Während hier in zweckmässiger, aber doch gewillkürter Regelung dem Besteller, bevor ihm noch überhaupt geleistet ist, in Berücksichtigung der eigentümlichen Natur des Werkvertrags, ein Rückstrittsrecht eingeräumt ist, musste der Gesetzgeber beim Dienstvertrag Vorschriften über die Kündigung aufstellen, um den Parteien eine Handhabe zu bieten, entweder dem auf unbegrenzte Zeit eingegangenen Vertrag ein Ziel zu setzen, oder eine vorzeitige Beendigung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses herbeizuführen[11]).

[10]) *Motive zum B. G. B. II. S. 503.*

[11]) *S. u. § 5.*

Auch in der Wirkung offenbart sich ein tiefgehender Unterschied darin, dass die Kündigung nach § 621 ff. den Vertrag für die Zukunft aufhebt, dagegen die bis dahin geleistete Tätigkeit als Erfüllung unberührt lässt, dass jedoch durch die Kündigung des § 649 der Vertrag vollständig rückgängig gemacht wird, sodass die bis zur Kündigungserklärung vorgenommene Arbeit — wenigstens in der Regel — für den Gläubiger bedeutungslos ist.

Es kann auch noch der Einwand geltend gemacht werden, dass gewisse Arten des Werkvertrags, namentlich der Stücklohnvertrag in Hinsicht auf Vertragsdauer ganz dieselben Merkmale aufweisen, wie der Dienstvertrag[12]). Hiebei ist unzweifelhaft das richtig, dass Stücklohnvertrag und ähnliche Vertragsarten echte Dauerverträge sind. Aber unrichtig ist, hieraus zu schliessen, dass auch der Werkvertrag schlechthin ein Dauervertrag ist. Denn der Stücklohnvertrag, soweit er überhaupt in werkvertraglicher Gestalt auftritt[13]) stellt eine Erweiterung des Werkvertrags dar, indem er nicht auf die Herstellung eines einzigen, sondern einer Mehrheit einzelner, einander folgender Ergebnisse gerichtet ist. Unter dieser Voraussetzung wird er allerdings ein Dauervertrag, jedoch gehört er auch dann nicht zu den kontinuierlichen Dauerverträgen, darf also nicht mit dem Dienstvertrag gleichgestellt werden, sondern er führt uns zu jener zweiten Gruppe der Dauerverträge, die den Gegenstand des folgenden Abschnittes bilden wird.

Fortsetzung, die zweite Gruppe der Dauerverträge.

§ 4.

Während Miete, Dienstvertrag etc., in welcher Gestalt sie uns auch entgegentreten mögen, immer Dauerverträge sind, gibt es eine zweite Gruppe von Dauerverträgen, die sich auf Verträge mit vorübergehender Leistung aufbauen. Sie sind dadurch zu dauernden geworden, dass ihre Erfüllung nicht in einem einmaligen Rechtsakt besteht, sondern

---

[12]) *Vergl. Lotmar II. S. 894.*

[13]) *Rümelin, S. 29/30.*

eine Mehrzahl von Einzelerfüllungsakten erfordert, die durch die zeitliche Aufeinanderfolge in ihrer Gesamtheit zeitraumerfüllend wirken. Wir bezeichnen sie nach dem Namen des bekanntesten Vertreters dieser Gruppe als Verträge mit sukzessiver Leistung oder Sukzessivleistungsverträge. (Sukzessivgeschäfte[1]). Wesentlich ist bei ihnen, dass die einzelnen Leistungsabschnitte nicht zufällig und ohne inneren Zusammenhang etwa auf Grund einer Vertragskombination zu prästieren sind, sondern dass sie durch eine gemeinsame Zweckbestimmung trotz ihrer Selbständigkeit zu einer höheren Einheit verbunden sind; eine solche Einheit ergibt sich vor allem dann, wenn die verschiedenen Teilleistungen zur Deckung eines bestimmten, homogenen Bedarfs dienen. Nach aussen hin wird sich die Zusammengehörigkeit meist schon dadurch zeigen, dass die Teilleistungen gleichen Inhalt haben, und ausserdem, dass auch in ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge eine gewisse Regelmässigkeit obwaltet.

Bei einigen Schriftstellern[2]) wird in neuerer Zeit der prinzipielle Unterschied zwischen Dauerverträgen mit kontinuierlicher Leistung und sukzessiver dadurch verwischt, dass auch die ersteren als Verträge aufgefasst werden, die durch eine und zwar unendlich grosse Anzahl sich unmittelbar ablösender Handlungserfolge erfüllt werden, von denen jeder als eine momentane Erscheinung zu denken ist und deren Summe, den Punkten einer Linie vergleichbar, die dauernde Leistung darstellt. Diese Zerlegung der kontinuierlichen Dauerleistung, die schon praktisch von keiner grossen Bedeutung ist, kann wohl auch nach ihrer theoretischen Seite nicht als glücklicher Gedanke bezeichnet werden: Bei den Sukzessivgeschäften ergibt sich ohne weiteres aus der Natur der geschuldeten Leistung, dass man hier Abschnitte der Leistung zu unterscheiden hat; diese Abschnitte haben nicht nur rechtliche Selbständigkeit, sondern auch für sich wirtschaftliche Bedeutung. Vor allem sind sie echte Teile der gesamten Sukzessivleistung. Hiegegen

[1]) *Lit. bei Staub H. G. B., Exkurs zu § 374, ferner bei Hesse.*

[2]) *S. Siber a. a. O. S. 182, ferner auch Lehmann: die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht S. 60.*

sind die Einzelakte einer kontinuierlichen Leistung, die in je einem Moment zu erbringen sind, also keine zeitliche Ausdehnung haben, überhaupt nicht mehr für sich denkbare Grössen, und wenn auch in der Mathematik die unendliche Anzahl ausdehnungsloser Punkte die Linie ergibt, so ist eine gleiche Theorie auf die Rechtswissenschaft nicht gut übertragbar; denn diese kann nur mit wirklichen, messbaren, aber nicht ideellen Grössen einer Leistung rechnen.

Eine Annäherung zwischen den beiden Gruppen der Dauerverträge lässt sich dagegen insofern finden, als auch bei den kontinuierlichen Verträgen die Leistung nicht immer in einem einzigen Zuge, sondern häufig in intermittierender Form[3]), d. i. wiederholt bei zeitlich auseinanderliegenden Gelegenheiten zu erbringen ist. Während z. B. die Leistung des Schuldners, der ein Grundstück auf ein Jahr vermietet (verpachtet) hat, eine durchaus ununterbrochene ist, kann bei einem Dienstverhältnis, das für ein Jahr geschlossen ist, der Verpflichtete immer nur jeden Tag bis zu einem vertragsmässig oder kraft Gesetzes sich ergebenden Höchstbetrag von Stunden tätig sein. Es treten hier also notwendig Zwischenräume ein, in denen nicht geleistet wird. Dennoch wird man hier wohl nicht von einer sukzessiven Leistung sprechen. Aber auch dann, wenn die Abstände zwischen den Leistungsabschnitten verhältnismässig gross werden, wie z. B. bei einem periodischen Unterricht, bleibt der kontinuierliche Charakter der Leistung erhalten und zwar wird die Kontinuität dadurch gewahrt, dass das durch den Vertrag ins Leben gerufene Rechtsverhältnis selbst dann existent ist, wenn mit der Leistung tatsächlich zur Zeit ausgesetzt wird[4]). Es wird hiedurch eine Brücke hergestellt von dem Ende des einen Leistungsabschnittes bis zum Beginn des nächsten, sodass im Effekt jede folgende Wiederaufnahme der Leistung eine unmittelbare Fortsetzung des vorausgehenden Abschnittes darstellt. Ganz anders aber verhält es sich bei den Verträgen mit sukzessiver Leistung. Hier erscheint jeder der Leistungsteile als eine für sich vollständige abgeschlossene Einzelleistung; da diese alle

---

[3]) *Siehe Lehmann a. a. O.*
[4]) *Vergl. Lotmar I. S. 58.*

ihrer Natur nach vorübergehend sind, so wird auch durch eine Mehrheit von ihnen nicht ein dem Rechtsverhältnis der kontinuierlichen Verträge vergleichbarer rechtlicher Zustand ins Leben gerufen und daher auch die einander folgenden Teilleistungen nicht zu einer zusammenhängenden Dauerleistung verbunden, sondern nur der e i n e Vertrag, der ihnen zu Grunde liegt und der gemeinsame Zweck, dem sie dienen, schliessen sie zu einer höheren Einheit zusammen.

Ausser den bisher dargelegten Punkten offenbart sich bei der Betrachtung der beiden Gruppen der Dauerverträge noch ein weiterer, mehr äusserlicher Unterschied darin, dass der Gesetzgeber, soweit er überhaupt Verträge der ersteren Gruppe geregelt hat, also Miete, Dienstvertrag usw., notwendig auch Bestimmungen treffen musste, in denen das Moment der Dauer Berücksichtigung gefunden hat; bei den Sukzessivleistungsverträgen, die erst durch Weiterbildung aus Verträgen mit vorübergehender Leistung entstanden sind, hat der Gesetzgeber nur die ursprünglichen, gewissermassen einzelligen Vertragsarten geregelt. Wir vermissen daher jede Andeutung, dass diese Verträge zu dauernden werden können, noch weniger aber sind die rechtlichen Konsequenzen aus einer derartigen Möglichkeit gezogen. Hiedurch aber bietet gerade die zweite Gruppe der Dauerverträge verhältnismässig viel mehr Schwierigkeiten bei Anwendung der allgemeinen Vorschriften des B. G. B. als die Verträge mit kontinuierlicher Leistung.

Was die einzelnen zur Gruppe der Sukzessivleistungsverträge gehörigen Arten anlangt, so sind an erster Stelle die Verträge auf fortgesetzte Lieferung oder Sukzessivlieferungsverträge[5]) zu nennen. Zwar haben diese Verträge ihre Hauptbedeutung im Gebiete des Handelsrechts, wie z. B. Verträge auf waggonweise Lieferung von Getreide, Kohlen, Bier etc., jedoch sind sie auch im bürgerlichen Leben keine allzu seltene Erscheinung; so sind hier zu nennen, die tägliche Versorgung eines Haushaltes mit Brot, Milch,

[5]) *Staub Exkurs z. § 374 H. G. B. Anm. 127 ff. Düringer-Hachenburg H. G. B. II. Aufl. II. Bd. S. 270. Hesse s. o. etc.*

Fleisch[6]). Dazu kommt, dass auch die spezifisch handelsrechtlichen Sukzessivlieferungsverträge in unsere Betrachtung einbezogen werden können, weil auch sie gerade in den Beziehungen, die uns interessieren, ebenso dem Rechte des B. G. B. unterworfen sind, wie die zivilrechtlichen Lieferungsverträge, und nur in einzelnen Punkten das H. G. B. besondere Bestimmungen aufgestellt hat.

Ihrem Wesen nach sind die genannten Verträge Kaufgeschäfte, bei denen in einem einheitlichen Vertrag ratenweise Lieferung vereinbart ist[7]). Hieraus geht einerseits hervor, dass nicht notwendig auch die Verpflichtung des Käufers in gleiche Teilleistungen zerlegt sein muss[8]), vielmehr kann sie eben so gut auch als einmalige Leistung oder auch in Raten nach irgend einem anderen Teilungsmodus zu erbringen sein. Andererseits genügt an sich noch nicht die Tatsache, dass der Verkäufer in Wirklichkeit ratenweise liefert; denn es ist denkbar, dass hiebei lediglich eine dem Schuldner gewährte Erleichterung seiner Leistungspflicht, indem ihm etwa Teile der Leistung gestundet werden, zum Ausdruck gelangt[9]). In solchen Fällen ist ein Sukzessivlieferungsvertrag nicht gegeben, weil der Schuldner, ohne vertragsbrüchig zu werden, jederzeit wieder zur Totalleistung sich entschliessen kann. Notwendige Voraussetzung ist sonach, dass die sukzessive Form der Leistung ein wesentlicher Bestandteil der Parteivereinbarung ist. Aus der Natur dieser Vereinbarung ergibt sich ihre doppelte Aufgabe:

a) sie bewirkt zunächst, dass die Selbständigkeit der einzelnen Lieferungen gewahrt wird; der Schuldner ge-

[6]) *Die sog. Fixgeschäfte des täglichen Lebens, Staub a. a. O. Anm. 5.*

[7]) *Staub, a. a. O. Anm. 135; Oertmann III S. 373, 2. Derselbe Bierlieferungsvertrag im bayr. Landesprivatr. Ehrenbacher Bierlieferungsvertrag.*

[8]) *So Miller der Sukzessivlieferungsvertrag. Gruch Beitr. Bd. 50/510; hiegegen Staub, Exk. zu § 374 H. G. B. Anm. 135.*

[9]) *Düringer-Hachenburg S. 270.*

nügt seiner Verpflichtung nicht schon dadurch, dass er dem Käufer eine bestimmte Warenmenge verschafft, sondern er muss sich auch an die Einteilung in ratenweise Lieferung und an den zeitlichen Abstand der einzelnen Raten halten. Dies zeigt sich vor allem dann, wenn ein Sukzessivlieferungsvertrag bezüglich einer Quantität von Waren abgeschlossen wird, die in ihrer Gesamtheit schon beim Verkäufer vorrätig ist. Z. B. Lieferung von 5 Wagenladungen Getreide der Ernte 1909 in monatlichen Raten;

b) sie gibt den Leistungsteilen aber zugleich auch einen inneren Zusammenhang, sodass sie Glieder einer Gesamtleistung sind; in dieser Gestalt erkennen wir sie deutlich bei einem Vertrag auf Lieferung von je 5 Wagenladungen Getreide der Ernte 1907, 1908, 1909.

Wenn man sonach auch davon auszugehen hat, wie Düringer-Hachenburg hervorhebt, dass durch die Parteivereinbarung die Vertragserfüllung in selbständige Teile zerlegt wird, so darf man dabei doch nie aus dem Auge verlieren, dass eben diese Parteivereinbarung zugleich wieder vereinigende Wirkung äussert[10]).

Neben dem Sukzessivlieferungsvertrag ist als zweiter Dauervertrag mit sukzessiver Leistung der auf fortgesetzte Leistung gerichtete Werkvertrag zu nennen. Wie nämlich aus dem Kauf der Sukzessivlieferungsvertrag hervorgeht, so wird in ganz ähnlicher Weise auch der Werkvertrag zu einem Dauervertrag, wenn die durch ihn begründete Verpflichtung sich nicht in der Herstellung eines einzigen Erfolges erschöpft, sondern auf eine Mehrheit von Einzelerfolgen gerichtet ist. Voraussetzung ist auch hier gleichheitliche Beschaffenheit der einzelnen Erfüllungsakte und innerer zeitlicher Zusammenhang. Hieher gehören die Akkordverträge, sofern sie werkvertraglicher Natur sind, z. B. ein Vertrag, den ein industrielles Unternehmen mit einem Baumeister abschliesst, wonach dieser verpflichtet ist, auf Grundstücken der Bestellerin nacheinander eine Reihe von Arbeiterhäusern zu erbauen.

---

[10]) *Vergl. auch Oertmann III, S. 201.*

Wir haben oben gesehen, dass der Werkvertrag dadurch, dass bei ihm die Leistung des Schuldners eine vorausstehende Arbeit erforderlich macht, grosse Ähnlichkeit mit dem Dienstvertrag aufweist. Diese Ähnlichekit wird notwendig in einem hohen Grade gesteigert, wenn sich der Werkvertrag zu einem Dauervertrag erweitert; denn hiedurch wird eine grosse Anzahl unterscheidender Merkmale, die sich darauf stützen, dass der Dienstvertrag dauernder, der Werkvertrag aber vorübergehender Natur ist, zum Wegfall kommen. Namentlich aber findet bei den sog. Stücklohnverträgen, wo in steter Folge eine Vielheit von Arbeitsergebnissen herzustellen ist, ein völliges Ineinanderfliessen der Grenzen statt. Dies zeigt sich schon darin, dass nicht nur auf fortgesetzte Leistung gerichtete Werkverträge, sondern auch Dienstverträge bei denen die Entlohnung nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist (B. G. B. § 623) unter den Begriff Stücklohnvertrag fallen[10a]). Nun aber hat das B. G. B. in scharfer Scheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag für jeden der beiden besondere Normen aufgestellt und daher ist es, zum mindesten auf der Grundlage des geltenden Rechts geboten, sich, soweit möglich, darüber klar zu sein, wann der Stücklohnvertrag ein dauernder Werkvertrag und wann er ein Dienstvertrag ist. Es dürfte hiebei wohl nicht dem Vorgehen Rümelins[11]) beizustimmen sein, der die Lösung darin erblickt, dass er dienstvertragliche Vorschriften auf den Stücklohnvertrag selbst dann anwendbar erklärt, wenn dieser als Werkvertrag aufzufassen sei, und unseres Erachtens ist bei richtiger und konsequent durchgeführter Scheidung ein solcher Ausweg gar nicht einmal nötig.

Verfehlt ist es allerdings, den Unterschied zwischen Stücklohnverträgen mit dienstvertraglichem und solchen mit werkvertraglichem Charakter auf die Vertragsdauer abzustellen; denn die beiden Arten sind ja Dauerverträge und als Folge des Versuchs, die Lösung auf diesem Wege zu finden, ergibt sich die Wahrnehmung, dass gemeinsame Merkmale beider Arten von den einen Autoren als beson-

---

[10a]) *Rümelin S. 29/30, S. 58.*

[11]) *Derselbe S. 177 ff.*

deres Kennzeichen dafür bezeichnet werden, dass der Stücklohnvertrag ein Dienstvertrag sei, während eine gegenseitige Meinung oft aus denselben Merkmalen folgern will, dass der Stücklohnvertrag ein Werkvertrag sei. Die hiedurch entstehende Verwirrung wird mitunter noch dadurch gesteigert, dass bei der Gegenüberstellung zum Dienstvertrag auch nicht der einmalige und der auf fortgesetzte Leistung gerichtete Werkvertrag auseinandergehalten werden[11a]).

Um die Grenze zwischen dem Stücklohnvertrag als (kontinuierlichen) Dienstvertrag und dem Stücklohnvertrag als einem auf fortgesetzte Leistung gerichteten Werkvertrag zu finden, ist es vielmehr notwendig, den einzelnen wirtschaftlichen oder technischen Vorgang zu betrachten, auf dessen Wiederholung sich der Stücklohnvertrag in seiner Gesamtheit aufbaut. Hiebei gelangen wir zu folgenden Grundsätzen:

1. Der Stücklohnvertrag ist ein Dienstvertrag, wenn das Arbeitsstück, das der Berechnung der Entlohnung zu Grunde gelegt ist, für sich selbst eine so geringe wirtschaftliche Bedeutung besitzt, dass es als selbständiges Ergebnis eines einzelnen Werkvertrags gar nicht in Betracht kommt, sondern nur den Charakter einer dem Wesen der jeweiligen Beschäftigungsart entnommenen Masseinheit der zu leistenden Arbeit hat. Es ist dann aus wirtschaftlichen Gründen lediglich an Stelle des Zeitmasses die Zahl der Arbeitsstücke als lohnmessende Einheit getreten, ohne dass im übrigen die rechtliche Stellung des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber eine Änderung erleidet[12]). Beispiel: Stücklohnvertrag eines Setzers in einer Druckerei, der für je 100 Lettern einen bestimmten Geldbetrag erhält[13]).
2. Dagegen ist der Stücklohnvertrag ein auf fortgesetzte Leistung gerichteter Werkvertrag, wenn die Teilerfolge für sich alle Kriterien einer werkvertraglichen

[11a]) *Eine treffende Illustration hiezu s. bei Lotmar II, S. 894.*

[12]) *So: Bindung an die Arbeitszeit, Arbeitsordnung usw.*

[13]) *Lotmar, Bd. I, S. 335.*

Leistung aufweisen, so vor allem wenn sie im Verhältnis zu einander eine gewisse rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit besitzen. Ein derartiger Vertrag liegt vor, wenn z. B. bei einem Maler eine Serie von Bildern bestellt wird, die in fortlaufender Folge eine einheitliche Idee zum Ausdruck bringen sollen.

Bei dieser, unserer Unterscheidung werden die gewerblichen Angestellten, auch wenn sie in Stücklohn arbeiten, als Dienstverpflichtete nach Dienstvertragsrecht zu betrachten sein, während privatwirtschaftliche Arbeiten im Stücklohn regelmässig auf Werkverträge mit fortgesetzter Leistung hindeuten werden; jedoch werden sich wohl nach der einen wie nach der anderen Richtung Ausnahmen ergeben können[14]).

Mit dem auf wiederholte Leistungen gerichteten Werkvertrag schliesst die Reihe der einzelnen Dauerverträge des B G. B. ab. Man wäre vielleicht versucht, in diesem Zusammenhang auch noch an den Leibrentenvertrag zu denken. Doch lässt die eigenartige Natur dieses Vertrages nicht zu, ihn etwa als eine Art der Sukzessivleistungsverträge zu betrachten, trotzdem auch bei ihm der Verpflichtete fortlaufende, regelmässige Leistungen zu prästieren hat[15]). Wir sehen auch, dass immer mehr Schriftsteller der wohl richtigen Ansicht zuneigen, dass beim Leibrentenvertrag die eigentliche geschuldete Leistung nicht in der Summe der einzelnen Renten, sondern in der einmaligen Gewährung des einheitlichen Rentenrechts bestehe[16].) Von hier aus betrachtet, erscheint die Leistung des Leibrentenverpflichteten, wenn aus ihr auch eine fortdauernde Rentenpflicht hervorgeht, doch nicht selbst als Dauerverpflichtung und daher kann auch der Leibrentenvertrag nicht als Dauervertrag aufgefasst werden.

---

[14]) *Bei Lotmar, Bd. II, S. 903 ist diese Folgeerscheinung als Regel aufgestellt; hiegegen auch Wölbling D. J. Z. 14. Ihrg. S. 1469. Siehe auch Oertmann III, S. 666, 667.*

[15]) *Oertmann, Recht d. Schuldverhältnisse S. 819, 3a.*

[16]) *Ebenda S. 820, 5a.*

Die Vertragsdauer im besonderen.

§ 5.

Zur Vervollständigung und zugleich zum Abschluss unserer allgemeinen Darlegung dürfte es zweckmässig und erforderlich erscheinen, die gemeinsame, begriffsbestimmende Eigenschaft aller Dauerverträge, d. i. ihre Dauer oder wie wir sie bezeichnen können, die Vertragsdauer als solche einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Wir haben oben in § 2 unserer Darstellung als Dauerverträge jene Verträge bezeichnet die sich in ihrer Wirkung dadurch über einen Zeitraum erstrecken, dass die Leistung eines der Vertragsteile Zeitraum-erfüllend ist. Hieraus ergibt sich als Vertragsdauer die Zeitmenge, die durch die geschuldete Dauerleistung in Anspruch genommen wird, innerhalb deren also nach dem Vertragswillen die Erfüllung vor sich gehen soll. Sie beginnt nicht schon mit dem Abschluss des Vertrages[1]), sondern erst mit dem Zeitpunkt, in dem die schuldnerische Leistung tatsächlich einsetzt und sie endigt zugleich mit dem vollständigen Abschluss dieser Leistung.

Die Vertragsdauer kann bestimmt oder unbestimmt sein. Vollständig bestimmt ist sie, wenn sowohl ihr Anfang als auch ihr Ende eindeutig fixiert sind, z. B. tägliche Lieferung einer Ware für den Mai 1910, Grundstücksmiete für das Jahr 1911. Hieher gehören auch Verträge, die für die Dauer eines Ereignisses mit kalendermässig festgesetzten Zeitgrenzen abgeschlossen werden, z. B. Bierlieferungsvertrag für die Erlanger Bergkirchweih[2]). Die Vertragsdauer kann ferner in der Weise festgesetzt sein, dass zwar von vorneherein ihre zeitliche Ausdehnung genau feststeht, für den Beginn selbst aber ein grösserer Zeitraum, der sich entweder aus dem Vertrag unmittelbar oder aus der Beschaffenheit und der Zweckbestimmung der in Frage stehenden Leistung ergibt, offen gelassen ist. Solcher Art ist die Vertragsdauer normiert, z. B. bei Miete eines Gegenstands auf 8 Tage innerhalb des Monats Mai oder Vertrag

---

[1]) *Von der Vertragsdauer ist daher die sog. Vertragszeit auseinanderzuhalten (Lotmar, Bd. I, S. 515).*

[2]) *Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht S. 195.*

auf 8tägige Dienstleistung während der Herbsternte. Ist der Beginn der Leistung in solchen Fällen überhaupt nicht bestimmt, so greift die Vorschrift des § 271 Abs. 1 Platz, wonach der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann. Die Vertragsdauer ist endlich auch dann noch eine bestimmte, wenn ihre zeitlichen Grenzen nach dem Vertrag von dem mit Sicherheit erwarteten Eintritt oder Wegfall gewisser äusserer Umstände abhängig gemacht ist, wie Erreichung des angestrebten Vertragszweckes, vollständige Befriedigung eines dem Umfange nach gemessenen Bedarfs. Beispiele dieser sog. natürlich bestimmten Vertragsdauer sind: Dienstvertrag für die Dauer einer Seereise, Lieferung von Steinen in täglichen Raten für den Bau einer Strasse. Hieher gehören auch alle Lieferungsverträge, bei denen eine bestimmte Menge von Waren ratenweise zu liefern sind, ohne dass die zeitliche Aufeinanderfolge der Raten, vielleicht auch nicht einmal ihre Zahl vorher genau festgelegt ist, z. B. bei Abruf nach dem jeweiligen Bedarf[3]).

Im allgemeinen hat das Gesetz den Parteien freien Spielraum in der Bestimmung der Vertragsdauer gelassen. Sie hat lediglich bei einigen Dauerverträgen eine Höchstgrenze aufgestellt und zwar von 30 Jahren im § 567 für Miete und von 5 Jahren § 624 für den Dienstvertrag. Auch für die Sukzessivleistungsverträge lässt sich in analoger Weise ableiten, dass auch hier die bestimmte Vertragsdauer sich nur bis zu einer gewissen Höchstgrenze erstrecken kann. Als solche dürften im äussersten Falle 30 Jahre anzunehmen sein, jedoch wird das Erfordernis der Wahrung der guten Sitten und die Rücksicht auf Treue und Glauben im Verkehr meist nur eine geringere, z. B. 10jährige Ausdehnung der zeitlichen Bindung als angemessen erscheinen lassen[4]).

Ist für die Vertragsdauer weder ein gewillkürtes, noch ein natürliches Endziel vereinbart, so ist sie unbestimmt und erstreckt sich dann von einem Anfangszeitpunkt aus

[3]) *Staub, Exkurs zu § 374 H. G. B. Anm. 135.*

[4]) *Ebenda, Anm. 10, zu § 346. — Oertmann bayr. Landesprivatrecht; der Bierlieferungsvertrag. — Hesse a. a. O. S. 6.*

über ein in seiner Ausdehnung vorerst nicht begrenzten Zeitraum. Da nun ein Vertrag nicht bis in alle Zeiten dauern kann, so hat das Gesetz den Parteien ausser der Möglichkeit, dem Vertrag durch Willenseinigung ein Ende zu bereiten, bei den kontinuierlichen Dauerverträgen das Recht eingeräumt, entweder unter Beobachtung einer Kündigungsfrist[5]) oder auch ohne solche[6]) durch einseitige Willenserklärung das Vertragsverhältnis zu lösen, den Vertrag zu kündigen. Durch die Kündigung wird die vertragliche Leistung, somit auch die Vertragsdauer zum Abschluss gebracht, sodass von dem Eintritt der Wirksamkeit der Kündigungserklärung an keine weiteren Rechte oder Pflichten aus dem Vertrage mehr erwachsen. Aber nicht nur die kontinuierlichen Dauerverträge, sondern auch die Sukzessivgeschäfte können für unbestimmte Zeit eingegangen werden, und wenn auch hier ein Kündigungsrecht nicht gerade für diesen Fall vorgesehen ist, so erfordert doch die persönliche und wirtschaftliche Freiheit der Vertragsschliessenden notwendig das Recht, den Vertrag jederzeit kündigen zu können; eine Vereinbarung, durch die für den einen oder den anderen Teil dieses Rechts ausgeschlossen wird, muss sogar, da sie gegen die guten Sitten verstösst, als unzulässig verworfen werden[7]). Für den auf fortgesetzte Leistung gerichteten Werkvertrag ergibt sich zu Gunsten des Bestellers ein Kündigungsrecht überdies unmittelbar aus § 649 B. G. B.; denn hiernach kann der Besteller jederzeit den Vertrag bezüglich eines einzelnen herzustellenden Erfolges lösen, und wenn er hievon Gebrauch macht, wirkt seine Erklärung auch in Ansehung der ferneren, noch ausstehenden Teilerfolge, während die in der Vergangenheit schon geleisteten unberührt bleiben. Es erlangt demnach das Recht aus § 649, das beim Einzelwerkvertrag[8]) seinem Wesen nach mehr einem Rücktrittsrecht entspricht, hier die Wirkung einer echten Kündigung.

---

[5]) *§§ 565, 620 II, 621 ff.*

[6]) *§§ 542, 544, 626, 627, 723, S. 1.*

[7]) *Hesse, Seite 6, R. G. 20. V. 99 in Seuff. Arch. Bd. 55, Nr. 71; Oertmann, Bierlieferungsvertrag, S. 195.*

[8]) *S. o. S. 15.*

Eine entsprechende Vorschrift für den Unternehmer bei einem dauernden Werkvertrag, desgleichen für beide Vertragsteile bei einem Sukzessivlieferungsvertrag können wir jedoch im Gesetz nicht finden. Das auch ihnen zuzugestehende Kündigungsrecht ist nur aus der obigen allgemeinen Erwägung aus § 138 zu entnehmen. Hiebei ergibt sich die Frage, ob die Kündigung eine befristete, oder eine unbefristete sein wird. In der Regel dürfte eine Kündigungsfrist einzuhalten sein, die je nach der wirtschaftlichen Bedeutung der einzelnen Leistungsabschnitte verschieden bemessen sein wird, vielleicht ausnahmsweise, wenn geringwertige, leicht zu beschaffende oder leicht abzusetzende Gegenstände in Frage stehen, ganz wegfallen kann[9]).

Unbestimmte Vertragsdauer ist also ohne korrelates Kündigungsrecht undenkbar. Umgekehrt hat jedoch der Gesetzgeber bei den kontinuierlichen Dauerverträgen das Kündigungsrecht nicht auf diesen Fall allein beschränkt, sondern er gewährt auch bei bestimmter Vertragsdauer unter gewissen, für die einzelnen hiehergehörigen Vertragsarten besonders geregelten Voraussetzungen eine ausserordentliche Kündigung, durch die jede der Parteien ein vorzeitiges Ende des vereinbarten Rechtsverhältnisses herbeiführen kann[10]). Auch hier vermissen wir im Gesetz eine ähnliche Anordnung vor allem für den Sukzessivlieferungsvertrag. Und doch können bei diesem Vertrag ebenfalls Verhältnisse eintreten, die einen unmittelbaren Abbruch der Vertragsbeziehungen rechtfertigen. Aus dieser Erwägung heraus hat Müller-Erzbach in seinem in der Einleitung erwähnten Aufsatz den Vorschlag gemacht, dass auch beim Sukzessivlieferungsvertrag, analog wie bei Miete, Dienstvertrag usw. ein ausserordentliches Kündigungsrecht statuiert werden solle[11].) Auch Hesse[12]) hat sich in einem ähnlichen

---

[9]) *Eine Kündigungsvorschrift für den Bierlieferungsvertrag enthält das bayr. A. G. zum B. G. B. in Art. 13. I, S. 3.*

[10]) *§§ 542, 544, 626, 627, 723 S. 1. B. G. B.*

[11]) *S. o. S. 1; vergl. auch Dernburg, Bürgerl. Recht II. 2. S. 47.*

[12]) *Hesse, S. 42.*

Sinne ausgesprochen. Jedoch glaube ich nicht, dass diesen Vorschlägen, soweit das geltende Recht in Betracht kommt, beizustimmen ist.

Schon äusserlich besteht dadurch ein Bedenken, dass das Gesetz je nach der Natur der einzelnen kontinuierlichen Verträge besondere Voraussetzungen für die ausserordentliche Kündigung aufgestellt hat. Wenn daher Müller-Erzbach allgemein ein analoges Kündigungsrecht, wie bei Miete . . . . vorschlägt, so ist damit ein fester Ausgangspunkt überhaupt noch nicht gewonnen. Doch würde dies an sich nicht zu sehr ins Gewicht fallen; denn es dürfte wohl zweifellos sein, dass beim Sukzessivlieferungsvertrag nur sogenannte vertragsverletzende Handlungen der einen Partei der anderen das Recht zu einer vorzeitigen Vertragslösung geben können. Da hiernach also nur ein motiviertes, kein willkürliches Kündigungsrecht in Frage kommen kann, so bringt Hesse folgerichtig eine Kündigung aus wichtigem Grunde in Vorschlag, indem er auf Dienstvertrag und Gesellschaft hinweist, aber dabei die ausdrückliche Einschränkung macht, dass unter einem wichtigen Grunde nur schuldhafte Vertragsverletzungen, nicht aber auch sonstige, nicht verschuldete, vom Verkehr als wichtig angesehene, die persönlichen Verhältnisse betreffende Umstände einzurechnen seien[13]). Gerade durch diese Modifikation jedoch wird die Analogie zur Kündigung aus wichtigem Grunde bei Hesse wieder aufgehoben; denn dadurch wird der Begriff des wichtigen Grundes, der lediglich das Gegebensein von objektiven, an ein Verschulden nicht geknüpften Tatsachen zum Ausdruck bringt, vollständig ausgeschaltet.

Auf der Grundlage schuldhafter Vertragsverletzungen ein Kündigungsrecht einzuräumen, ist aber gar nicht einmal nötig, denn die Bestimmungen in §§ 325, 326, die in der neueren Rechtswissenschaft eine Erweiterung durch die Grundsätze der positiven Vertragsverletzungen erfahren haben, geben dem vertragstreuen Teil neben anderen Ansprüchen auch ein Recht, vom Vertrag zurückzutreten. Und wenn auch zunächst die Ausübung eines Rücktrittsrechts für die verwickelte Rechtslage bei Dauerverträgen als ein frag-

[13]) *Hesse, S. 41/42.*

würdiger Rechtsbehelf erscheinen mag, da hiedurch der Vertrag von Anfang an (ex tunc) aufgelöst wird, so bieten die Vorschriften in den §§ 325, 326, wie im einzelnen später noch zu zeigen ist[14]), zugleich auch die Handhabe, das Rücktrittsrecht dem Wesen der Dauerverträge anzupassen und zu einer kündigungsähnlichen Wirkung auszugestalten.

[14]) *S. u. S. 66 ff.*

2. Abschnitt.

Besonderer Teil.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages.

§ 6.

Die funktionelle Abhängigkeit der beiden Leistungen eines gegenseitigen Vertrages bringt die Wirkung mit sich, dass die Leistung der einen Partei solange verweigert werden darf, als ihrem Recht auf die Gegenleistung nicht Genüge getan wird. Dies führt zu dem allgemeinen Grundsatz, dass die einander gegenüberstehenden Leistungen in unmittelbarem Austausch „Zug um Zug" zu bewirken sind[1]). Hiedurch wird einer im Verkehr gebotenen und berechtigten Vorsicht Ausdruck verliehen, dass nämlich keine Partei ihre Leistung dem Gegner eher zukommen lassen will, bevor sie nicht selbst in den Genuss eines entsprechenden Aequivalents tritt. Die wirtschaftliche Sicherung, die somit durch das Prinzip der Zugumzugleistung angestrebt wird, lässt sich bei Dauerverträgen jedoch nicht schlechthin durchführen; vor allem ist sie dann ausgeschlossen, wenn für die gesamte Dauerleistung eine einmalige Vergütung also meist eine bestimmte Geldsumme zu entrichten ist. Es steht dann dem einen Zeitpunkt, in welchem diese vorübergehende Leistung erbracht wird, die unendliche Reihe von Zeitpunkten gegenüber, aus denen sich der von der Dauerleistung erfüllte Zeitraum zusammensetzt. Da sonach die beiden Leistungen zeitlich nicht zusammen fallen können, so kann auch von einem unmittelbaren Austausch keine

---

[1]) *Vergl. Cosack 4. Aufl. I. S. 318.*

Rede sein; vielmehr muss sich für eine der Parteien notwendig eine Vorleistungspflicht ergeben. Wer im einzelnen Fall vorzuleisten hat, darüber können sich die Vertragsteile im Wege der Vereinbarung verständigen. Ist im Vertrag nichts bestimmt, so ist der Schuldner der Dauerleistung zur Vorleistung verpflichtet, während die Vergütung erst fällig wird, wenn die Dauerleistung zu Ende erbracht ist, also nach Ablauf der für sie angesetzten Zeitdauer, oder nach Bewirkung des letzten Leistungsabschnittes. Ausgesprochen finden wir diese Regel im Gesetz für Miete in § 551 I, für den Dienstvertrag in § 614 B. G. B. Sie gilt aber gleicher Weise für die Dauerverträge insgesamt sonach auch für Sukzessivleistungsverträge, so lange nicht die Gegenleistung in Teile entsprechend den einzelnen Raten zerlegt ist.

Grundsätzlich ist also die Vergütung in diesen Fällen erst nach Beendigung der Dauerleistung zu entrichten; doch sind hiebei gemäss der Bestimmung in § 320 II B. G. B. einer zweifachen Weise Einschränkungen zu machen.

1. Zwar kann die Vergütung solange verweigert werden, bis die volle Dauerleistung bewirkt ist, aber ähnlich wie auch bei Zugumzugleistung wird unter Umständen auch schon bei teilweiser Leistung, insbesondere bei einem verhältnismässigen geringfügigen Rückstand eine weitere Vorenthaltung der Gegenleistung gegen Treue und Glauben verstossen. Es ist dann trotz der Vorleistungspflicht des Schuldners die Einrede des nichterfüllten Vertrages für den Gläubiger der Dauerleistung nicht mehr begründet.

2. Aus dem Prinzip von Treue und Glauben ergibt sich nach § 320 II B. G. B. eine weitere für Dauerverträge wichtige Folgerung: an sich umfasst die Einrede aus 320 I die Gegenleistung in ihrem ganzen Umfang, sodass diese also unumschränkt bis zur Erfüllung der Dauerverpflichtung zurückbehalten werden kann. Ist jedoch die letztere teilweise erbracht und zwar derart, dass der noch ausstehende Teil verhältnismässig beträchtlich ist, und hat ferner jene teilweise Erfüllung einen selbständigen wirtschaftlichen Wert, dann ist der Gläubiger auch seinerseits zur Leistung einer entsprechenden Quote der Vergütung verbunden. Die Voraussetzung des selbständigen wirtschaftlichen

Wertes wird aber gerade bei teilweiser Erfüllung von Dauerleistungen regelmässig gegeben sein, namentlich dann, wenn der bereits geleistete Teil sich über eine grössere Reihe von Zeitabschnitten wie Tagen, Wochen usw. erstreckt, oder wenn er aus mehreren der vertragsmässig einander folgenden Leistungsabschnitten besteht[2]).

Haben die Parteien die Abrede getroffen, dass der zur Vergütung verpflichtete Teil vorzuleisten hat, dann bedeutet dies für den Schuldner der Dauerleistung, dass er mit deren Beginn bis zur vollen Entrichtung der Vergütung zuwarten darf. Auch hier gelten die sich aus § 320 II B. G. B. ergebenden und vorstehend geschilderten Einschränkungen des Einrederechts in entsprechender Weise.

Während eine Gestaltung der Dauerverträge in der Weise, dass der dauernden Leistung eine einmalige Vergütung gegenübersteht, bei kontinuierlichen Verträgen mit kürzerer Vertragsdauer nicht selten vorkommt, bildet sie bei Sukzessivgeschäften die Ausnahme. Denn da es sich bei ihnen um eine Mehrheit von Einzelleistungen handelt, die ihrer Natur nach für sich alle vorübergehend sind, so ist die Möglichkeit gegeben, je eine Rate der Sukzessivleistung gegen eine entsprechende Quote der Vergütung Zug um Zug auszutauschen. Es besteht sonach hier keine Notwendigkeit, einem der Vertragsteile die Pflicht zur Vorleistung aufzuerlegen und daher ist, soweit nicht anderweitige Vereinbarung getroffen wird, als Regel anzunehmen, dass die einzelnen Raten der Sukzessivleistung Zug um Zug gegen die auf sie entfallenden Teile der Gegenleistung zu bewirken sind[3]). Eine ähnliche Zerlegung der beiderseitigen Leistungen kann auch bei kontinuierlichen Dauerverträgen durchgeführt werden, indem auch hier, namentlich bei längerer Vertragsdauer, die Vergütung für die Dauerleistung je nach gewissen Abschnitten zu entrichten ist, denen entweder die kalendermässige Zeitberechnung zu Grunde liegt, oder die sich aus der Art der Dauerleistung von selbst ergeben. Zum

[2]) *Vergl. auch Oertmann II, S. 152/53. Staudinger II 1, S. 185.*

[3]) *Hesse, S. 5.*

Beispiel Vierteljahrsmiete, Wochenlohn, zehnstündiges Honorar bei Unterricht, Entlohnung einer Schiffsmannschaft je nach Beendigung der einzelnen Seefahrten.

Bei beiden Gruppen der Dauerverträge treten dann je ein Abschnitt oder eine Rate der geschuldeten Dauerleistung einem Teiläquivalent gegenüber und bilden mit diesem zusammen einen in sich geschlossenen Erfüllungsakt, der im Verhältnis zu den anderen gleichen Erfüllungsakten eine weitgehende rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit besitzt. Die Ausübung der in § 320 B. G. B. eingeräumten Befugnis erscheint daher zunächst nur auf den Umfang der jeweiligen Erfüllungsabschnitte begrenzt, d. h. jede Partei kann den jeweils fälligen Teil ihrer Gesamtverpflichtung, falls sie nicht vorzuleisten hat, verweigern, bis ihr der der gerade diesem Teil entsprechende Abschnitt der Gegenleistung erbracht wird.

Jedoch ist hiemit der Wirkungskreis der Einrede aus § 320 B. G. B. nicht erschöpft. Wie wir schon bei den Sukzessivleistungsverträgen hervorhoben, und was auf Dauerverträge sofern ihre Erfüllung in Abschnitte zerlegt ist, ganz allgemein auszudehnen ist, sind die einzelnen Leistungsteile, die mit entsprechenden Quoten der Gegenleistung einen selbständigen und abgeschlossenen Erfüllungsakt bilden, doch wiederum auch Glieder der gesamten Vertragsleistung. Die Verpflichtung der beiden Kontrahenten eines Dauervertrags darf nicht dahin aufgefasst werden, als ob sie lediglich darauf gerichtet sei, je einen Abschnitt der einen Leistung gegen einen solchen der Gegenleistung auszutauschen, sondern auf jeder Seite besteht die schuldnerische Verpflichtung in der Summe sämtlicher Teilleistungen[4]). Daher stehen Teile der gegenseitigen Leistungen, die nicht ein und demselben Erfüllungsakt angehören, zu einander in einem inneren Verhältnis, das nicht blos als ein „gleiches rechtliches Verhältnis" zu charakterisieren ist, sodass etwa das allgemeine Zurückbehaltungsrecht aus § 273 B. G. B. Platz greifen könnte, sondern das als organisches Verhältnis gegenseitiger Leistungen im Sinne des § 320 angesehen werden muss[4]a). Es stehen sonach nicht nur immer die zwei

---

[4]) *Makower, H. G. B. 1904, a. a. O.*

[4]a) *R. G. 57/5.*

gleichzeitig fälligen Leistungsteile, sondern auch ein früherer Leistungsteil auf der einen Seite einem späteren auf der andern als Leistung und Gegenleistung gegenüber. Hieraus folgt, dass das Recht, einen fälligen Teil der einen Leistung zu verweigern, auch dann begründet ist, wenn der Gegner aus einem früheren Vertragsabschnitt mit seiner Gegenleistung im Rückstand ist. Im einzelnen sind hier jedoch zwei Situationen wegen der Möglichkeit einer verschiedenen rechtlichen Beurteilung zu unterscheiden.

1. Unzweifelhaft zulässig ist m. E. die Zurückhaltung künftiger Leistungsteile seitens der vertragstreuen Partei dann, wenn die Gegenpartei mit ihrer auf einen oder mehrere vorausgehende, von Nichtsäumigen bewirkte Leistungsabschnitte entfallenden Gegenleistung in Verzug geraten ist und auch neuerdings eine Leistung von ihrer Seite noch nicht wieder erfolgt ist[5]). Hier ist vor allem an Fälle zu denken, bei denen einer der Vertragsschliessenden zur Vorleistung verpflichtet ist. Z. B. bei einem Dienstvertrag, in welchem vereinbart ist, dass der Lohn wöchentlich und zwar jeweils am ersten Wochentage zu entrichten ist, wird eine Woche lang keine Arbeit geleistet, obwohl der Lohn richtig bezahlt war. Die Lohnrate, die mit Beginn der nächsten Woche fällig wird, kann nun verweigert werden wegen der Nichtleistung während der vorhergehenden Woche, trotzdem im Rahmen des gegenwärtigen Vertragsabschnittes infolge der Vorleistungspflicht ein Recht hiezu gemäss § 320 I nicht gegeben wäre.
2. Dagegen kann man Zweifel darüber hegen, ob ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich solcher Leistungsteile zulässig ist, für die eine entsprechende Gegenleistung von der andern Partei bereits erfolgt ist. Z. B. bei einem Sukzessivlieferungsvertrag hat der Verkäufer einige Raten ordnungsmässig geliefert,

---

[5]) *Makower, ebenda, Oertmann III, S. 373, ferner Bierlieferungsvertrag S. 196; Staub, Exk. Anm. 142; Düringer-Hachenburg 2. Aufl., II. 1., S. 272, vergl. auch R. G. In Spruchsammlung der D. J. Z. 1906 zu § 320.*

kommt aber dann mit der Fortsetzung der Lieferungen in Verzug. Kann hier der Käufer, wenn er den Kaufpreis für eine oder mehrere der früheren Raten noch nicht gezahlt hat, deren Zahlung auf Grund des nunmehrigen Verzugs verweigern, bis der Verkäufer wieder ordnungsmässig weiterliefert? Auch hier dürfte wohl die Antwort prinzipiell im bejahenden Sinne ausfallen, jedoch wird man in diesen Fällen mit der Zulassung der Einrede auf § 320 sehr vorsichtig sein müssen, und namentlich wird sorgfältigst zu prüfen sein, ob die Verweigerung der Leistung nicht gegen Treu und Glauben verstösst. Hiernach ist die Berufung des Gläubigers auf § 320 I dann ausgeschlossen, wenn ihm durch Zurückhaltung der gerade auf die verzögerten Teilleistungen treffenden Quoten seiner Verpflichtung eine hinreichende Sicherung vor einem etwaigen Schaden gewährt ist[6]).

Die Unmöglichkeit der Leistung.

I. Die zufällige, nachfolgende Unmöglichkeit.

a) Vollständige und teilweise Unmöglichkeit.

§ 7.

Unter Unmöglichkeit der Leistung versteht man das Entgegenstehen von Hindernissen gegen die Bewirkung einer geschuldeten Leistung in der Weise, dass die Leistung entweder schlechterdings ausgeschlossen ist, oder aber dem Schuldner in Rücksicht auf seine Kräfte von der Rechtsordnung nicht mehr zugemutet werden kann[1]). Sind die Hindernisse erst nach Abschluss des Vertrages eingetreten oder wenigstens in ihrer Wirkung evident geworden, dann spricht man von nachfolgender, und wenn sie von keiner der Parteien zu vertreten sind, von zufälliger Unmöglichkeit. Als Folge der zufälligen, nachfolgenden Unmöglich-

---

[6]) *Makower, ebenda; Staub, Exk. Anm. 142. R. G. 68/17.*

[1]) *Cosack, Bd. I, S. 343; Staudinger (1908) II. 1, S. 99; Oertmann S. 79; Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 189/190.*

keit der Leistung hat das Gesetz in § 323 bestimmt, dass die Gegenpartei von ihrer Verpflichtung zur Leistung befreit wird. Eine solch glatte und einfache Lösung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien ist aber nur dann durchführbar, wenn die Unmöglichkeit die Leistung vollständig und für immer ergriffen hat. Dagegen treten Komplikationen schon dann ein, wenn die Hindernisse, die der Leistung entgegenstehen, sich in ihrer Wirkung nur auf einen Teil der Leistung beschränken, wenn also nur teilweise Unmöglichkeit gegeben ist. Es bleibt dann der noch mögliche Teil der Leistung auch fernerhin geschuldet und dementsprechend wird auch der Gläubiger nur zu einem proportionalen Teil von seiner Verpflichtung befreit[2]). Jedoch hat dieser Satz nur dann allgemeine Geltung, wenn der noch mögliche Teil der Leistung auch wirklich die Bedeutung einer Teilleistung hat und nicht etwa dadurch, dass er für den Gläubiger absolut wertlos ist, einer völligen Nichtleistung gleichgesetzt werden muss. Demgemäss wird davon auszugehen sein, dass der noch mögliche Teil der Leistung nicht nur eine rechnerische Grösse darstellt, sondern auch wirtschaftliche Bedeutung besitzt, sodass dem Gläubiger wenigstens teilweise Genüge geleistet wird[3]). Der Unterschied von rechnerischer und wirtschaftlicher Teilbarkeit darf bei Dauerverträgen nicht ausser Acht gelassen werden; denn dauernde Leistungen sind infolge ihrer messbaren zeitlichen Ausdehnung oder dadurch, dass sie an sich schon in Raten zerfallen, der Zeit oder dem Gegenstande nach notwendig teilbar. Allerdings werden in der Regel teilweise Dauerleistungen auch wirtschaftlich den Charakter einer wenn auch geminderten, so doch wenigstens teilweise dem Vertragszweck entsprechenden Leistung aufweisen. Jedoch sind Dauerverträge, die auf eine einheitliche, wirtschaftlich unteilbaren Dauerleistung gerichtet sind, recht wohl denkbar; hieher gehört z. B. ein Dienstvertrag, den ein Maler mit einem Modell für eine feste Anzahl von Tagen schliesst, um einen bestimmten Ent-

---

[2]) *§ 323 B. G. B.*

[3]) *Oertmann, S. 159 b; Kisch, S. 161; der wirtschaftlichen steht die vertragsmässige Unteilbarkeit gleich.*

wurf auszuführen[4]). Wenn das Modell nach einiger Zeit krank, oder sonstwie an der Weiterleistung ohne Verschulden gehindert wird, und die Bedeutung des Modelles für das Bild eine derartige ist, dass der Maler das Bild nach einem anderen Modell von neuem beginnen müsste, dann wird man trotz teilweise erfolgter Leistung rechtlich eine vollständige Unmöglichkeit annehmen können. Es besteht also für den Maler eine Verpflichtung zur Entlohnung der bisherigen Teilleistung nicht. Dies gilt zweifellos dann, wenn die Hindernisse, die die Leistung unmöglich machen, schon nach verhältnismässig kurzer Zeit z. B. einer Stunde eingetreten sind, während bei einer grösseren Dauer der bereits bewirkten Teilleistung die Entscheidung von einer genauen Prüfung der gesamten tatsächlichen Verhältnisse abhängen wird.

Es ist jedoch nicht zu vergessen, dass eine wie vorstehend geschilderte Unteilbarkeit bei dauernden Leistungen als Ausnahmeerscheinung anzusehen ist. In den allermeisten Fällen muss sich der Gläubiger den noch möglichen Teil der Leistung gefallen lassen und es bleibt dann auch insoweit der Dauervertrag in Wirksamkeit. Der Gläubiger ist also auch weiterhin zu einer Gegenleistung verpflichtet, aber, wie das Gesetz in § 323 I B. G. B. bestimmt, reduziert sich seine Verpflichtung in dem gleichen Verhältniss, in welchem der Wert des noch möglichen Teiles der schuldnerischen Leistung zu der ursprünglich vereinbarten steht. Die proportionale Berechnung der nach § 323 geschuldeten Gegenleistung infolge teilweiser Unmöglichkeit kann bei Dauerverträgen mitunter zu erheblichen Schwierigkeiten führen[5]), weniger zwar, wenn der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, — denn es ist dann auch der Umfang der Gegenleistung zunächst noch unbestimmt und hält von Anfang an gleichen Schritt mit der Dauerleistung, — als wenn die Vertragsdauer eine umgrenzte ist. Auch hier ist die Berechnung relativ noch am einfachsten, wenn überhaupt ein fester Preis nicht von vornherein vereinbart ist, sondern der Marktpreis, der ortsübliche Lohn usw. zu zahlen ist; denn es kann dann unter Einrechnung aller zusam-

---

[4]) *Vergl. Rümelin, S. 90.*

[5]) *Kisch, S. 169 ff.*

mentreffenden Umstände sofort die nicht geminderte, sondern in geringerem Masse geschuldete Gegenleistung berechnet und festgestellt werden. Ist jedoch die Gegenleistung im voraus fest bestimmt, so liegt es nahe, die Minderung so durchzuführen, dass der Gläubiger nur zu einem Bruchteil seiner Leistung verpflichtet bleibt, dessen Nenner die Zahl der Mengeneinheiten der gesamten Dauerleistung, und dessen Zähler die des noch möglichen Teiles darstellt. Z. B. bei einem Mietvertrag für die Dauer von einem Jahr ist die Leistung nur sechs Monate lang möglich, desgleichen bei einem Vertrag auf Lieferung von 12 gleichen Raten können nur 6 Raten geliefert werden. Nach vorstehender Bruchrechnung wird dann von der Gegenleistung in beiden Fällen 6/12 also die Hälfte ihrer ursprünglich angesetzten Höhe zu entrichten sein. Die einseitige Anwendung einer solchen Berechnung der noch geschuldeten Gegenleistung wird jedoch bei Dauerverträgen vielfach zu unbilligen Ergebnissen führen, und zwar dann, wenn das Moment der Dauer für sich allein auf die Höhe der Gegenleistung in einer bestimmten Weise eingewirkt hat. Zur Erläuterung mag auf folgende leitende Gesichtspunkte hingewiesen werden.

1. Zunächst kann eine längere Vertragsdauer zur Folge haben, dass der Gläubiger eine wesentlich geringere Vergütung zu leisten hat. Es kann z. B. der Mietzins niedriger sein, wenn sich der Gläubiger sogleich auf eine Reihe von Jahren verpflichtet, als wenn er den Mietvertrag nur auf Monate eingeht. Umgekehrt wird durch die Länge der Vertragsdauer häufig für den Schuldner ein erhöhtes Risiko begründet sein, z. B. wenn die Wahrscheinlichkeit einer demnächst steigenden Konjunktur gegeben ist. Dies wird zur Folge haben, dass der Schuldner nur gegen ein den derzeitigen Wert seiner Leistung übersteigendes Aequivalent bereit sein wird, den Vertrag für einen beträchtlicheren Zeitraum abzuschliessen.
2. Die Verhältnisse können aber auch so gestaltet sein, dass der wirtschaftliche Wert einer Dauerleistung zu verschiedenen Zeitabschnitten durchaus wechselt, während die Vergütung für je gleiche Zeitmasse in gleichen Beträgen zu entrichten ist; z. B. Pacht eines Hotels an einem Badeplatz, wo nur in der Sommer-

saison ein Ertrag erzielt wird, oder Vertrag auf sukzessive Lieferung eines Artikels mit der Vereinbarung, dass die ersten Raten zu Reklamezwecken zu verwenden sind. Hierher gehört auch die Erteilung von Unterricht; eine solche Leistung repräsentiert zwar von Anfang an einen gewissen Wert, erfährt jedoch mit zunehmender Dauer eine progressive Wertsteigerung; das gezahlte Honorar dagegen wird nicht diese Wertsteigerung zum Ausdruck bringen, sondern die mittlere Höhe des Anfangs- und Endwertes des Unterrichts darstellen. Aus allen diesen Beispielen ergibt sich für Dauerverträge die allgemeine Lehre, dass zur Berechnung der geminderten Gegenleistung nach § 323 nicht immer genügen wird, den noch möglichen Teil der Dauerleistung der Grösse nach zu der gesamten vereinbarten Leistung in Proportion zu setzen, sondern dass vor allem darauf Rücksicht zu nehmen ist, ob nicht durch die verminderte Dauer der nunmehrigen Vertragsleistung eine qualitative Wertänderung bewirkt wird, durch die das Ergebnis aus jener Proportion entweder nicht erreicht, oder aber auch überschritten wird.

b) Teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit; zeitweilige und dauernde Unmöglichkeit.

§ 8.

Wir haben in dem vorigen Abschnitt von der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung gesprochen und dabei, wie es dem natürlichen und logischen Empfinden entspricht, diesen Begriff auf die Teilbarkeit des Leistungsinhaltes, des Leistungsgegenstandes abgestellt. Daneben begegnen uns aber in der Literatur der Begriff einer teilweisen Unmöglichkeit in einem ganz anderen Sinn. Man geht nämlich davon aus, dass jede Leistung sich aus drei Momenten zusammensetzt, nämlich Gegenstand (Inhalt der Leistung), Ort und Zeit. Da nun eine Leistung, die nicht rechtzeitig oder nicht am rechten Orte erbracht werde, eine vollständig mögliche nicht mehr sei, so gelangt man, nachdem auch der Mangel des richtigen Leistungsortes sich immer auf eine

Nichtrechtzeitigkeit der Leistung zurückbringen lässt, dazu, der gegenständlichen teilweisen Unmöglichkeit die teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit gegenüber zu stellen[1]). Hiegegen haben sich aber einige andere Autoren mit Entschiedenheit gewandt[2]) und wohl auch mit vollem Recht.

Wenn wir uns im Nachstehenden auf eine Betrachtung dieses Begriffes einlassen, so hat es seinen Grund darin, dass es fast ausschliesslich dauerverträgliche Erscheinungen sind, die zum Beweise seiner Berechtigung herangezogen werden. Man argumentiert etwa in folgender Weise: A ist verpflichtet, vom 1. April bis 1. Mai eine Dauerleistung zu erbringen, leistet aber erst vom 16. April an; nachdem er sonach vom 1. bis 15. nicht mehr leisten kann, so liegt Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit vor, und da nur der Teil vom 16. bis 30. noch möglich ist, hat man es mit teilweiser Unmöglichkeit zu tun. Hieraus soll sich dann also der Begriff der teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit rechtfertigen[3]).

Bei dieser Schlussfolgerung werden offenbar zwei Momente zusammen geworfen, die bei Leistungen auf Grund Dauerverträge scharf auseinander zu halten sind, nämlich die Vertragsdauer, wie wir sie oben in § 5 kennen gelernt haben, als der von der schuldnerischen Verpflichtung erfüllte Zeitraum und die Erfüllungszeit, innerhalb deren die dauernde Leistung erbracht werden soll. Während Erstere die zeitliche Ausdehnung, somit eine gegenständliche Eigenschaft des Leistungsinhalts bezeichnet und nur für Dauerverträge von Bedeutung ist, regelt letztere die Frage, wann oder von wann an die Leistung fällig wird. Ist nun, wie in obigem Beispiel, die Dauerleistung vertragsmässig vom 1. bis 30. April geschuldet, so fallen Vertragsdauer = einem Monat und Leistungszeit vollständig zusammen. Da die

---

[1]) *Titze, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 33; Planck zu § 286 Nr. 1; Oertmann, S. 81; s. a. Lehmann pos. Vertragsverletzungen S. 70/71.*

[2]) *Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, S. 145; Kisch, S. 22; Lotmar II, S. 159; neuerdings Oertmann III, S. 101, 190.*

[3]) *Vergl. Siber, S. 181.*

Leistung spätestens am 30. April beendet sein muss, so ist sie, wenn 15 Tage vom April bereits verstrichen sind, nur noch für die Zeit vom 16. bis 30. April möglich. Diese 15tägige Restleistung ist aber ein echter Teil der gesamten schuldnerischen Verpflichtung und daher hat die Nichtrechtzeitigkeit eine teilweise Unmöglichkeit -- nicht in Ansehung der Zeit, sondern des Gegenstandes bewirkt. Hieraus geht aber auch noch weiter hervor, dass dann, wenn auch am 30. April noch nicht begonnen ist, vollständige Unmöglichkeit eintritt. Der Zeitablauf kann also sowohl teilweise, wie vollständige Unmöglichkeit herbeiführen. Nach beiden Richtungen kommt ihm jedoch diese Wirkung ohne Weiteres nur dann zu, wenn die Leistungszeit genau fixiert und für die Vertragserfüllung von wesentlicher Bedeutung ist. Beides wird bei Dauerverträgen meist der Fall sein, namentlich bei längerer Vertragsdauer versteht es sich von selbst, dass hier feste Grenzen für den Beginn der Leistung normiert werden. Dagegen kann es bei kurzfristigen Dauergeschäften häufig vorkommen, dass entweder zwar der Beginn der Leistung fest bestimmt ist, aber diese auch später noch als möglich betrachtet werden kann, oder dass von vorneherein die Erfüllungszeit so gross bemessen ist, dass der Vertragsdauer in jener ein gewisser Spielraum gewahrt ist. Ein Beispiel für den ersteren Fall bietet ein Dienstvertrag für die Dauer von 8 Tagen ab 1. April, (etwa zwecks Vornahme von Reparaturen an einem Hause), wenn auch bei Verspätung von einigen Tagen die Dienstleistung in ihrer gesamten Dauer noch bewirkt werden kann. Ein Beispiel der zweiten Art ist die Bestellung von landwirtschaftlichen Arbeitern für die Dauer von 8 Tagen „im Laufe des Herbsts“[4]). In diesen Beispielen tritt bei Verzögerung zunächst nicht Unmöglichkeit, sondern lediglich eine Verschiebung der dauernden Leistung in ihrer ganzen Gestalt ein. Man spricht in solchen Fällen von unwesentlicher Leistungszeit. Allerdings ist eine Verschiebung der Leistung auch hier nicht unbeschränkt möglich, sondern irgend ein-

---

[4]) *Beispiel auch bei Oertmann III, S. 101: Zirkusdirektor, der im Lande herumzieht, mietet in einer Stadt ohne nähere Bestimmung auf 14 Tage einen freien Platz für seine Bude.*

mal muss es einen Zeitpunkt geben, von welchem ab die Leistung unmöglich wird, indem sie dann entweder für den Gläubiger Erfüllungsfähigkeit nicht mehr besitzt, oder aber dem Schuldner als überobligationsmässige Anstrengung nicht mehr zugemutet werden kann[5]). Wird also mit der Leistung zugewartet, bis jener Zeitpunkt herangekommen ist, dann tritt auch in diesen Fällen vollständige Unmöglichkeit ein. Wird zwar vorher begonnen, aber erst so spät, dass sich die Leistung infolge ihrer Dauer über den Zeitpunkt hinaus erstrecken würde, dann ist sie teilweise unmöglich geworden. Nur dann wird die Leistung trotz der zeitlichen Verschiebung in ihrer Möglichkeit überhaupt nicht berührt, wenn sich die Verzögerung in solchen Grenzen hält, dass bis zu dem erwähnten Zeitpunkt mindestens ein Abstand bleibt, der der vereinbarten Vertragsdauer entspricht.

Gerade diese letztere Eventualität beweist deutlich, wie wenig glücklich die Bezeichnung teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit gewählt ist, und es wird dies umso mehr einleuchten, wenn wir jetzt auch noch die Bestimmung in § 323 B. G. B. heranziehen. Denn wenn man infolge der Verzögerung die Leistung, trotzdem sie dem Gegenstande nach vollständig möglich ist, als eine teilweise unmögliche betrachtet, so wird man versucht sein, falls die verspätete Leistung weniger wert geworden ist, gemäss § 323 I eine Minderung der Gegenleistung zuzubilligen. Dies kann aber unmöglich der Absicht des § 323 I entsprechen, denn hier soll wohl lediglich der Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung, der durch die teilweise, gegenständliche Unmöglichkeit gestört wird, wieder hergestellt werden, und zwar aus der einfachen Erwägung heraus, dass der Teil immer weniger ist als das Ganze. In unserm Fall wird aber nicht nur dem Gegenstande nach alles geleistet, sondern es wird die Verzögerung nicht nur häufig den wirtschaftlichen Wert der Leistung nicht beeinflussen, unter Umständen kann sie z. B. infolge unerwarteter Preissteige-

---

[5]) *Zu eng ist es, die Unmöglichkeit infolge Zeitablaufs nur zu Gunsten des Gläubigers anzunehmen; vergl. auch Krückmann im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 101, S. 15, 62 und a. a. O.*

rung sogar eine Werterhöhung herbeiführen. Würde man bei teilweiser Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit eine Minderung der Gegenleistung zulassen, so hätte der Schuldner m. E. auch das Recht, eine entsprechende Vergütung für den allenfallsigen Wertzuwachs zu verlangen. Beides aber verträgt sich nicht mit § 323 I. Auch aus diesem Gesichtspunkt dürfte wohl mit Recht der Begriff einer teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit abzulehnen sein.

In naher Beziehung zu der teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit steht die sogenannte zeitweilige Unmöglichkeit[6]); jedoch obwaltet zwischen beiden Begriffen ein tiefer, wesentlicher Unterschied. Denn während jener Begriff gewissermassen nur ein retrospektives Gepräge hat, indem er die Leistung für einen verflossenen Zeitraum als unmöglich betrachtet, ohne Rücksicht darauf, ob sie es auch während dieser Zeit war, bedeutet dieser Begriff eine echte Unmöglichkeit, nur mit der Massgabe, dass die Hindernisse der Leistung nicht für alle Zeit, sondern nur für eine bestimmte Dauer entgegenstehen, und späterhin wieder wegfallen. Die zeitweilige Unmöglichkeit kann in einer zweifachen Weise auftreten: Zunächst ist es denkbar, dass man schon in dem Zeitpunkt, in dem sich Unmöglichkeit der Leistung einstellt, mit annähernder Gewissheit sagen kann, dass und wann die Leistung wieder möglich wird. Z. B. wenn ein Dienstverpflichteter zu einer Militärübung einberufen wird. Während hier im allgemeinen die rechtlichen Dispositionen der Parteien verhältnismässig einfach zu treffen sein werden, wird die Sachlage kompliziert, wenn die Parteien der Ansicht waren, dass dauernde Unmöglichkeit eingetreten sei, sich aber später herausstellt, dass die Unmöglichkeit nur eine zeitweilige war. Z. B. bei einem Mietvertrag, der für die Dauer von 30 Jahren geschlossen war, ist die Leistung des Vermieters unmöglich geworden, und da die Parteien der Ansicht gewesen sind, dass die Unmöglichkeit für alle Zeiten bestehen werde, hatte man auch die Verpflichtung der Gegenpartei als endgiltig erledigt angesehen. Es ist nun denkbar, dass die Unmöglichkeit nach Ablauf

[6]) *Vergl. Kisch, S. 19; ferner Oertmann III, S. 101; Staudinger II. 1, S. 195, 196.*

von so und so vielen Jahren unerwartet behoben wird, so dass gemäss § 323 der Vertrag wenigstens für den Rest der Leistung wieder in Wirksamkeit tritt. Vertragsverhältnisse von längerer Dauer können sonach auf Grund von § 323 erst dann aufgehoben werden, wenn es nach den obwaltenden Umständen vollständig sicher erscheint, dass die eingetretenen Hindernisse während der ganzen Leistungszeit fortbestehen werden. Da die menschliche Voraussehbarkeit mitunter ein recht fragwürdiges Ding ist, so würden bei vielen Dauerverträgen die Parteien trotz eingetretener Unmöglichkeit bis zum Schluss der Leistungszeit mit einem Wiedermöglichwerden rechnen müssen und die Folge wäre für die Vertragschliessenden eine unendliche Verwirrung und Unsicherheit der rechtlichen Verhältnisse[7]). Dem trägt das Gesetz bei den einzelnen kontinuierlichen Dauerverträgen insofern Rechnung, als die Parteien hier durch das Hilfsmittel der ausserordentlichen Kündigung imstande sind, dem Vertrag ein endgiltiges Ziel zu setzen, und es also nicht darauf ankommen zu lassen brauchen, ob die Unmöglichkeit eine immerwährende oder zeitweilige sein wird. Bei den Sukzessiv-Lieferungsverträgen bietet das Gesetz eine solche Handhabe nicht; allerdings ergibt sich in vielen Fällen ein Ausweg aus § 361 B. G. B., indem der Gläubiger, wenn die Lieferungstermine fest bestimmt sind, bei jeder Verzögerung, also auch bei zeitweiliger, unverschuldeter Unmöglichkeit, vom Vertrag zurücktreten kann. Im Uebrigen sind wir hier jedoch auf die allgemeinen Erwägungen angewiesen, die sich aus § 323 ergeben. Hiernach ist in ähnlicher Weise wie oben, wo wir die Folgen der Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit besprachen, zu entscheiden: Das Wiedermöglichwerden der Leistung kann auf das bereits erledigte Vertragsverhältniss nicht unbeschränkt eine Wirkung ausüben, sondern nur bis zu einem gewissen begrenzenden Zeitpunkt, der entweder unmittelbar aus der Parteivereinbarung hervorgeht, oder aus der Natur und jeweiligen Zweckbestimmung der Leistung berechnet werden kann. Z. B. bei täglicher Kohlenlieferung für den Monat April bildet diese Grenze der 30. April; bei Steinlieferung zu einem im Frühjahr vorzunehmenden Strassenbau etwa der

[7]) *Kisch, S. 25, desgl. S. 54.*

Termin, an dem die Strasse spätestens fertig gestellt sein muss. Dauert die Unmöglichkeit bis zu jenem Zeitpunkt an, dann wird der Umstand, dass die Leistung dem Gegenstande nach nun wieder möglich wird, dadurch absorbiert, dass sie durch den Zeitablauf inzwischen aufgehört hat, als Erfüllung fungieren zu können[8]). Wird die Unmöglichkeit vor dem Zeitpunkt behoben, dann ist die Leistung auch im Rahmen des Schuldverhältnisses ganz oder wenigstens teilweise wieder möglich geworden und es erwacht dann auch insoweit der Vertrag zu neuer Wirksamkeit.

c) Die Anwendbarkeit von § 323 B. G. B. auf Dauerverträge bei bisheriger, nicht vertragsgemässer Leistung.

§ 9.

Während die Besprechung der zeitweiligen Unmöglichkeit zu der Wahrnehmung Anlass gab, dass Verträge, die schon für erledigt angesehen worden sind, späterhin wieder wirksam werden können, handelt es sich hier umgekehrt um die Frage, ob nicht unter Umständen bei Dauerverträgen, trotzdem bisher auf Grund des Vertrages gegenseitige Leistungen erfolgt sind, nunmehr für die Zukunft Befreiung von der Leistungspflicht gemäss § 323 Platz greifen kann[1]). Als typisches Beispiel mag folgende Situation dienen: Eine Brauerei hat in Erfüllung eines Bierlieferungsvertrages bereits mehrere Raten an einen Wirt geliefert; das Bier ist nicht von vertragsmässiger Beschaffenheit, dennoch sind die bisherigen Raten vom Wirt angenommen worden. Es ist ferner anzunehmen, dass aus irgend welchen Gründen die speziell kaufrechtlichen Behelfe der §§ 459 ff. abgeschnitten sind. Vorausgesetzt ist endlich noch, dass die vertragswidrige Leistung nicht auf ein Verschulden des Verpflichteten zurückzuführen ist; es darf also nicht ein

[8]) *Krückmann, a. a. O., S. 78 gibt bei zeitweiliger Unmöglichkeit, je nachdem die Verhältnisse sich ändern, dem Schuldner oder dem Gläubiger die von ihm konstruierte Einrede aus entgegenstehendem, gewichtigem Interesse.*

[1]) *Oertmann, S. 157. III, S. 189.*

Fall der sogenannten positiven Vertragsverletzung gegeben sein, von der erst weiter unten die Rede sein wird. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, so interessiert die Frage, ob der Gläubiger die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft verlangen kann, indem er nachweist, dass sich aus der Art des gelieferten Bieres, aus der Einrichtung der liefernden Brauerei usw. die Unmöglichkeit einer zukünftigen, mangelfreien Leistung ergebe.

Wie leicht einzusehen ist, kann diese Frage für Sukzessiv-Lieferungsverträge eine grosse Bedeutung gewinnen. Zwar lassen sich auch bei anderen Dauerverträgen ähnlich gestaltete Tatbestände konstruieren, aber es wird sich dann zugleich auch immer den Parteien ein Grund zu ausserordentlicher und meist fristloser Kündigung bieten, so dass nicht erst auf § 323 zurückgegriffen werden muss.

Die Beantwortung obiger Frage für die Sukzessivgeschäfte geht bei einigen Schriftstellern[2]) dahin, dass die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 323 im Allgemeinen bejaht wird. Es sprechen aber dagegen so viele Erwägungen rechtlicher und praktischer Natur, dass es richtiger sein dürfte, der Ansicht jener Schriftsteller nicht zuzustimmen. Eine solch weitgehende Auslegung von § 323 hat, wie auch meist zugegeben wird, für den Gläubiger, der davon Gebrauch macht, zum Mindesten etwas recht Gefährliches; denn er stützt ja die Tatsache, dass der Vertrag für die Zukunft aufgehoben sei, lediglich auf eine Schlussfolgerung, die manchmal zutreffen mag, die aber vielleicht weit häufiger auf schwankem Boden stehen wird. Es ist z. B. möglich, dass der Schuldner schon früher mangelfreie Ware hätte liefern können, wenn er von dem Gläubiger über die vertragswidrige Beschaffenheit der vorhergehenden Lieferungen bei Zeiten aufgeklärt worden wäre. Des Weiteren ist gerade in unserem Falle auch denkbar, dass der Brauer auf das Vorgehen des Wirtes hin sachverständige Hilfe beiziehen, in seiner Brauerei technische Verbesserungen, Neueinrichtungen ausführen lassen wird, und so die Argumente des Gegners hinfällig machen kann. Dann aber wird

---

[2]) *S. a. Anm. 1; vergl. auch Staudinger II. 1, S. 203/7a, vergl. jedoch Bem. 2 C. zu § 323 S. 196; ferner Oertmann, Landesprivatrecht, S. 198, 199.*

der Gläubiger nicht nur seine Absicht verfehlen, sondern umgekehrt dem Schuldner vielleicht wegen Vertragsverletzung haftbar werden.

Dazu kommt aber auch noch, dass eine derartige Unmöglichkeit der Leistung selten sich erst nach Vertragsabschluss eingestellt haben wird, vielmehr wird sie regelmässig schon zuvor bestanden haben. So ergibt sich die weitere Schwierigkeit, ob nicht der ganze Vertrag, sofern wirklich Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist, nach § 306 B. G. B. von Anfang an nichtig gewesen war, so dass auch die bisherigen Raten nach den Grundsätzen ungerechtfertigter Bereicherung zurückerstattet werden müssten.

Doch angenommen, dass nach den beiden angedeuteten Richtungen hin die rechtlichen Voraussetzungen des § 323 erfüllt seien, so bleibt immer noch das schwerwiegende Bedenken, dass eine so plötzliche Lösung des Vertragsverhältnisses für den Schuldner eine nicht zu rechtfertigende Unbilligkeit involvieren würde. Denn wir sind ja davon ausgegangen, dass der Schuldner weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat, ihm auch nicht etwa aus dem Gesichtspunkt einer gegen Treu und Glauben unterlassenen Benachrichtigung des Gläubigers ein Verschulden trifft. Unter solchen Umständen kann aber das Gesetz wohl nicht zulassen, dass eine Leistung, die bisher als Erfüllung angenommen, und wie eine durchaus mögliche Leistung wenigstens behandelt worden ist, auf einmal diese Eigenschaft verlieren, fortan nicht mehr Erfüllung sein soll. Für Fälle, wie die in Frage stehenden, gewähren dem Gläubiger die Bestimmungen über Gewährleistung wegen Sachmängel eine ausreichende Hilfe. Nach §§ 459 ff. kann er bei wesentlichen Mängeln, ohne dass es auf das Erfordernis eines Verschuldens ankäme, Wandelung oder Minderung verlangen. Um wesentliche Mängel allein kann es sich auch in den hier besprochenen Fällen handeln, denn bei unwesentlichen Mängeln wäre ja der Gedanke, dass Unmöglichkeit in Betracht kommen könne, ohne Weiteres abzuweisen. Nachdem daher die §§ 459 ff. prinzipiell anwendbar sind, so wird unsere Entscheidung dahin gehen, dass der Gläubiger sich mit den Hilfsmitteln des Gewährschaftsrechtes begnügen muss und wenn ihm diese für die bereits geleisteten Raten durch Umstände, die meist noch dazu auf

sein eigenes Verschulden zurückzuführen sein werden, vorweg genommen sind, so bleibt nichts anderes übrig, als eine weitere Rate abzuwarten und dann die ihm infolge deren mangelhaften Beschaffenheit vom Gesetz eingeräumten Rechte geltend zu machen. Eine ausreichende Grundlage zu weitergehenden Befugnissen für den Gläubiger wird sich nur dann ergeben, wenn dem Gegner die mangelhafte Leistung als Verschulden angerechnet werden kann. Hierüber wird weiter unten noch die Rede sein.

II. Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit.

a) Die vollständige Unmöglichkeit.

§ 10.

Hat der Schuldner die Unmöglichkeit nach den Bestimmungen in §§ 276 ff. zu vertreten, so stehen dem Gläubiger drei verschiedene Rechte nach seiner Wahl zu:

1. Schadenersatz wegen Nichterfüllung,
2. Rücktritt vom Vertrage und
3. als rechtliches Minimum die Befugnisse wie bei zufälliger Unmöglichkeit (§ 323) nämlich Befreiung von der eigenen Leistung ev. Surrogatsanspruch.

A) An die Regelung des Schadenersatzanspruches in § 325 knüpft sich eine der bekanntesten Kontroversen im Gebiete des Schuldrechts, die durch die Schlagwörter gekennzeichnet wird: Austauschtheorie — Differenztheorie. Nach ersterer tritt das Recht auf den Schadensersatz nur an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung, nach letzterer aber an die Stelle des gesamten, zweiseitigen Schuldverhältnisses. Wir finden eine eingehende Darstellung beider Theorien bei Oertmann, S. 163 ff. und es wird wohl auf Grund der dort angeführten, überzeugenden Argumente die Austauschtheorie im Prinzip als die nach dem Willen des Gesetzes allein richtige angesehen werden müssen[1]). Dennoch darf nicht verkannt werden, dass ihre

[1]) *Neue Auflage, S. 195; daselbst auch reichhaltige Literatur. Dann Staudinger 3/4. Auflage Bd. II. I, S. 190 ff.*

streng konsequente Durchführung bei Dauerverträgen nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führen wird, namentlich dann, wenn die der Dauerverpflichtung gegenüberstehende Leistung unmöglich wird. Hier wird es den Interessen des vertragstreuen Teiles meist weit mehr entsprechen, wenn nun auch die von ihm zu bewirkende Leistung in ihrem wirtschaftlichen Werte zusammengefasst, geldmässig berechnet und gegen den vom Vertragsgegner zu zahlenden Geldersatz abgeglichen wird, während es offenbar eine Unbilligkeit bedeuten würde, wenn er die ganze Vertragsdauer hindurch an seine ursprüngliche Verpflichtung gebunden bliebe. Vor allem würde dies bei Dauerverträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung in parallele Raten oder Abschnitte zerlegt sind, dahin führen, dass der ersatzberechtigte Teil den Schaden nicht in Form eines umfassenden Anspruchs verlangen könnte, sondern dass er immer nur nach den jeweiligen Leistungsabschnitten einen entsprechenden Teilschadensersatz anstatt des primären Aequivalents fordern dürfte[2]). Eine solche Zersplitterung des Ersatzanspruches würde eine grosse Härte für die geschädigte Partei mit sich bringen, und daher wird in diesen Fällen wohl ein Vorbehalt zu Gunsten der Differenztheorie zu machen sein, so dass also die beiden Vertragsleistungen in den einen Anspruch auf Vergütung des Interesses zusammen gezogen werden[3]). Wie weit ein derartiger Vorbehalt auszudehnen ist, kann nur in Rücksicht auf den konkreten Fall entschieden werden, vor allem wird hiebei, wie auch Oertmann mit Recht betont, das Prinzip von Treu und Glauben immer als das beste Regulativ bei der Beurteilung und Abwicklung der Leistungs- und Ersatzansprüche weitgehend heranzuziehen sein.

Weniger Schwierigkeit bietet das Wesen des Schadensersatzanspruches bei Dauerverträgen dann, wenn die Dauerleistung selbst unmöglich wird und die Gegenleistung, wie in der Regel, in Geld besteht. Es werden dann auf dem Wege der Kompensation diese Gegenleistung und der gleich hohe Betrag der Ersatzforderung gegenseitig getilgt, so dass der Schuldner lediglich den von der Kompensation nicht

---

[2]) *Vergl. Hesse, S. 12/13.*

[3]) *Für einen solchen Vorbehalt auch Oertmann, S. 165.*

ergriffenen Rest des ihm obliegenden Ersatzes zu leisten hat. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gegenleistung als einmalige Zahlung oder ratenweise, je nach den einzelnen Vertragsabschnitten zu entrichten war. Denn die Zerlegung in Raten erfolgt bei der Vergütung nur in Rücksicht auf die Gestalt der Dauerleistung und kann daher ohne weiteres wieder aufgehoben werden, wenn sie mit dem Unmöglichwerden der Dauerleistung ihres inneren Grundes verlustig geht. Es ist also aus der Gesamtheit der Ratenzahlungen eine Kapitalsumme zu berechnen und diese aufrechnungsweise der Ersatzsumme gegenüber zu stellen.

Was die Schadensberechnung selbst anbelangt, so ist bei bestimmter Vertragsdauer, ähnlich wie wir es für die zufällige Unmöglichkeit konstatiert haben, immer das Moment der Dauer als selbständiger Wertfaktor in Erwägung zu ziehen. So ist z. B. möglich, dass der Gläubiger nur unter ungünstigeren Bedingungen einen Vertrag für die gleiche Zeitdauer, wie ursprünglich vereinbart war, abschliessen kann. Es ist aber auch denkbar, dass sich dem Gläubiger nur Vertragsgelegenheiten für kürzere Zeit darbieten. Ist hiebei noch innerhalb des Zeitraumes, der für die unmöglich gewordene Leistung angesetzt war, mit Wahrscheinlichkeit eine Preissteigerung zu erwarten, so dass der Gläubiger nach Ablauf des Ersatzvertrages für den Rest der ursprünglichen Vertragsdauer sich nur mit grösseren Opfern weiterhin decken kann, dann wird dieser Umstand schon jetzt als Schadensforderung in Betracht zu ziehen sein. Eine solche Preissteigerung kann aber auch unvermutet eintreten und dadurch einen über den seinerzeit berechneten Betrag hinausgehenden Mehrschaden verursachen. Es ist nicht zweifellos, ob nachträglich auf Grund eines derartigen Sachverhalts eine Erweiterung des früher verlangten, resp. eingeklagten und urteilsmässig zuerkannten Ersatzes geltend gemacht werden kann. Doch dürfte nach richtiger Ansicht eine Nachforderung möglich sein, und zwar unter ähnlichen Bedingungen, wie sie für besonders wichtige Fälle, wo der Ersatz in Rentenform zu leisten ist, in § 323 C. P. O. vorgesehen sind[4]).

[4]) *Vergl. hiezu Oertmann, S. 32; 6. II; III, S. 40, 6.*

Bei Verträgen mit unbestimmter Dauer (oder unbestimmter Anzahl von Raten) darf der Schaden nur bis zu jenem Zeitpunkt ersetzt verlangt werden, bis zu welchem frühestens der Schuldner sich durch ordentliche Kündigung von der vertraglichen Bindung wieder befreien kann und zwar von dem Eintritt jenes Ereignisses an gerechnet, durch das die Leistung unmöglich geworden ist[5]). Für die kontinuierlichen Verträge kommen hier die Bestimmungen der §§ 546, 621 ff. usw. in Betracht, während bei Sukzessiv-Lieferungsgeschäften die oben in § 5 aufgestellten Grundsätze Anwendung finden[6]). War sonach der Schuldner zu fristloser Kündigung berechtigt, so wird eine Haftung wegen Unmöglichkeit der Leistung überhaupt nicht begründet sein.

B) Neben dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird für Dauerverträge die zweite der in § 325 zugesprochenen Befugnisse, nämlich das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, eine bedeutende Rolle spielen. Vielleicht wird es sogar in den meisten Fällen den Interessen des vertragstreuen Teiles am besten entsprechen, wenn er statt den immerhin unsicheren Anspruch auf Schadenersatz geltend zu machen, durch Erklärung des Rücktritts die rechtlichen Beziehungen zum Gegner endgiltig löst. Der Gläubiger wird, vom Rücktrittsrecht regelmässig dann Gebrauch machen, wenn von seiner Seite eine Leistung noch nicht erfolgt ist, so dass durch die blosse Rücktrittserklärung das Vertragsverhältnis aufgehoben ist und alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrage erloschen sind. Hat der Gläubiger jedoch ganz oder teilweise schon geleistet, so bedarf es erst noch eines Vollzugs des Rücktritts und hiebei ist eine rechtliche Differenzierung in folgender Weise möglich:

1. Ist die dauernde Leistung unmöglich geworden, und die Leistung von der zur Vergütung verpflichteten Partei erfolgt, so richtet sich der Anspruch auf Rückgewähr des Empfangenen nach §§ 346 I, 347 B. G. B. folgende, ohne dass sich eine Besonderheit gegenüber nicht dauernden Verträgen ergibt.

---

[5]) *Hesse, S. 13.*

[6]) *S. o. S. 25.*

2. Hat der zur Dauerleistung verpflichtete, zugleich vertragstreue Teil schon geleistet, so kommt bei kontinuierlichen Dauerleistungen § 346 II in Betracht. Hiernach ist für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benützung einer Sache der Wert zu vergüten, oder falls im Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten. Bei Ausübung des Rücktrittsrechts in Befolgung des § 346 II ergibt sich als Folgeerscheinung eine eigenartige Verwandtschaft zur fristlosen Kündigung. Bei all den hierher gehörigen Verträgen gibt nämlich Unmöglichkeit der Leistung der Gegenpartei ausser den Befugnissen des § 325 noch ein ausserordentliches Kündigungsrecht, durch das der Vertrag beendet und das Entstehen von Rechten und Pflichten aus dem Vertrag für die Zukunft hintangehalten wird. Für die Vergangenheit äussert die Kündigung keine Wirkung, d. h. die bis dahin bewirkte Dauerleistung bleibt nach wie vor Erfüllung des vertraglichen Schuldverhältnisses und es muss hiefür ein entsprechender Betrag von der vereinbarten Vergütung entrichtet werden. Im Gegensatz hiezu wird durch Ausübung des Rücktrittsrechtes der Vertrag in seinem ganzen Bestande, also auch in praeteritum aufgehoben, daher sind bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren. Von einer Rückgewähr kann jedoch bei Dienstleistung oder Gebrauchsüberlassung keine Rede sein und daher hat das Gesetz in § 346 II die oben zitierte Bestimmung getroffen. Da in den kontinuierlichen Verträgen die Vergütung meist nach Geld bestimmt wird, und sonach gemäss § 346 II für die Dauerleistung, soweit sie schon bewirkt ist, ein entsprechender Betrag zu zahlen ist, so stellt sich ganz dieselbe Erscheinung ein, wie wir sie als Wirkung der ausserordentlichen Kündigung wahrnehmen. Wir stossen somit auf jene Eigentümlichkeit bei kontinuierlichen Verträgen, die uns auch noch unten begegnen wird, dass nämlich auserordentliche (fristlose) Kündigung und Rücktritt nach § 325 mit § 346 II unter Umständen im Effekt sich völlig gleichen können, so dass der Gläubiger

auf zwei prinzipiell ganz entgegengesetzten Wegen zu dem nämlichen Ziel gelangt[7]).

Bei Sukzessiv-Lieferungsverträgen und bei der Mehrzahl der auf fortgesetzte Leistung gerichteten Werkverträge ergibt sich gegenüber dem eben Geschilderten insofern ein wesentlicher Unterschied, als hier die empfangenen Leistungen in natura wieder zurückgegeben werden können; es wird also der Rücktrittsberechtigte zunächst die Herausgabe der geleisteten Gegenstände verlangen. Kann der Schuldner dieser Forderung aus einem von ihm zu vertretenden Grund nicht entsprechen, so ist der Gläubiger nach § 347 berechtigt, Schadensersatz zu beanspruchen. Als Mindestsatz des Schadens, wird der vereinbarungsgemäss für die einzelnen Raten zu zahlende Kaufpreis in Anschlag kommen und häufig wird sich hiemit der ersatzberechtigte Gläubiger auch zufrieden geben. Ist dies der Fall, dann wird auch hier die Ausübung des Rücktrittsrechtes einer ausserordentlichen Kündigung der Wirkung nach gleichkommen.

C) Das dritte Recht, das dem Gläubiger nach § 325 zusteht, nämlich Vertragsaufhebung gemäss § 323, ev. Surrogatsanspruch ergibt zu besonderen Bemerkungen im Rahmen unserer Darstellung keine Veranlassung.

b) Die vom Schuldner zu vertretende teilweise Unmöglichkeit der Leistung.

§ 11.

Bei teilweiser Unmöglichkeit stehen dem Gläubiger die Rechte aus § 325 in Ansehung des unmöglichen Teiles der Leistung zu, vorausgesetzt, dass nicht infolge wirtschaftlicher Unteilbarkeit der Leistung, wie in § 7 gezeigt wurde, der noch mögliche Teil der Leistung rechtlich einer völligen Nichtleistung gleich zu achten ist. So weit aber Teilbarkeit gegeben ist, bleibt der Vertrag bezüglich der möglichen Restleistung in Wirksamkeit, während dem Gläubiger an Stelle des unmöglichen Teiles das Recht auf Schadensersatz,

[7]) *Vergl. Lotmar II, S. 157.*

Rücktritt vom Vertrag oder Leistungsbefreiung zusteht. Die Ausübung dieser Befugnisse richtet sich nach den Grundsätzen, die wir in § 10 bezw. § 6 kennen gelernt haben.

Nach Recht und Billigkeit kann aber dem vertragstreuen Gläubiger nicht immer zugemutet werden, die Ansprüche aus § 325 nur insoweit geltend zu machen, als die schuldnerische Leistung unmöglich geworden ist. Das Gesetz hat daher die Möglichkeit vorgesehen, dass die Rechte des Gläubigers sich unter Umständen auch auf den ganzen Vertrag erstrecken können. Das Gesetz hat hiebei einen Mittelweg eingeschlagen, indem es einerseits eine solche Erstreckung nicht auf den Fall einer wirtschaftlich unteilbaren Leistung beschränkt, andererseits aber auch nicht die subjektive Willkür des Gläubigers allein massgebend sein lässt. Es ist vielmehr in § 325 bestimmt, dass bei teilweiser Unmöglichkeit der Gläubiger berechtigt ist, unter Ablehnung des noch möglichen Teiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen oder vom ganzen Vertrag zurückzutreten, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat. Wie in der Literatur übereinstimmend hervorgehoben wird[1]), ist diese Bedingung nicht schon erfüllt, wenn das Interesse des Gläubigers an der noch möglichen Teilleistung erloschen ist, — dies ist in § 281 ausgesprochen, wo es sich um einseitige Verpflichtung handelt, — sondern, da sich hier Leistung und Gegenleistung im rechtlichen und wirtschaftlichen Konnex einander gegenüberstehen, so ist davon auszugehen, ob den Interessen des Gläubigers durch den Austausch der Leistungen bei teilweiser Unmöglichkeit, wenn auch im geminderten Masse, Genüge getan wird. Die Notwendigkeit, das ganze gegenseitige Vertragsverhältnis zu berücksichtigen, leuchtet vielleicht gerade bei Dauerverträgen ohne Weiteres ein; denn bei ihnen wird die teilweise mögliche Leistung nur selten für die Gegenpartei jeglichen Interesses bar sein. Aber im Rahmen des gegenseitigen Vertrages, namentlich im Hinblick auf den angestrebten Vertragszweck, kann in vielen

[1]) *Siehe u. a. Schollmeyer, S. 208, Bem. 7; Oertmann III, S. 199.*

Fällen die nur teilweise Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger die Bedeutung eines entsprechenden Aequivalents seiner eigenen Leistung verloren haben.

Allgemeine Kriterien dafür, wann bei Dauerverträgen ein Interesse an der teilweisen Erfüllung des Vertrages im Sinne des § 325 gegeben ist, wann nicht, lassen sich nur schwer aufstellen, immerhin mögen als Richtschnur folgende Sätze dienen[2]):

1. Ein Mangel des Interesses kann nicht angenommen werden, wenn der Gläubiger für die Zeit, in der infolge Unmöglichkeit die geschuldete Leistung ausfällt, ohne besondere Mehrkosten Ersatz finden kann.
2. Das gleiche gilt auch, ohne dass eine anderweitige Beschaffungsmöglichkeit vorhanden ist, wenn die teilweise Unmöglichkeit im Verhältnis zur ganzen Vertragsdauer nur geringfügige Zeit in Anspruch nimmt.
3. Soweit sich nicht schon aus der Umkehrung von 1) und 2) Gründe für ein mangelndes Interesse ergeben, ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat, dann eine grössere, wenn die teilweise Unmöglichkeit zugleich eine zeitweilige Unmöglichkeit ist, und zwar derart, dass die Restleistung in ihrem Beginn hinausgeschoben wird, als wenn die noch mögliche Teilleistung zu dem für die Leistung überhaupt vereinbarten Zeitpunkt begonnen wird; denn es wird meist dem Gläubiger schwerer fallen, lediglich für eine Zwischenzeit Gelegenheit zu einem Ersatzvertrag zu finden, als nach Ablauf der infolge der Unmöglichkeit abgekürzten Vertragsdauer einen ganz neuen Vertrag abzuschliessen.

Das Gesetz hat für den Fall des mangelnden Interesses der berechtigten Partei die Wahl gelassen, ob sie die ihr zustehenden Befugnisse bezüglich des ganzen Vertrages oder nur bezüglich des unmöglichen Teiles ausüben will. Seit Stammler[3]) hat hiezu die theoretische und praktische

---

[2]) *Vergl. auch Kisch, S. 186/187.*

[3]) *Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 130/131.*

Rechtswissenschaft[4]) in überwiegender Mehrheit eine dritte Möglichkeit hinzugefügt, dass nämlich der Gläubiger seine Rechte auch ausüben kann, i n s o w e i t die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat. Diese relative Erstreckung der Rechte aus § 325 bedarf aber gewisser rechtlicher Unterlagen und Voraussetzungen. Als solche dienen namentlich erkennbare Cäsuren, die in die Vertragserfüllung einschneiden, und die eine über den Umfang teilweiser Unmöglichkeit hinausgehende, aber immer noch partielle Geltendmachung der drei Rechte als notwendig und gerechtfertigt erscheinen lassen. Für Dauerverträge kommt dabei wohl jener Fall als der wichtigste in Betracht, dass die Dauerleistung zu einem Teil bereits erfüllt ist und von dem noch ausstehenden Rest ein abermaliger Teil unmöglich wird. Hat nun der Gläubiger infolge dieser teilweisen Unmöglichkeit kein Interesse an der weiteren Vertragserfüllung, während das Interesse an dem bereits realisierten Teil des Vertrages nicht weggefallen ist, so kann er gemäss jener vermittelnden Auslegung die Rechte aus § 325 bezüglich der ganzen noch ausstehenden Leistung geltend machen und somit den Vertrag für die Vergangenheit unberührt lassen.

Ohne diese Interpretation von § 325 kann ein gleiches Resultat dann erzielt werden, wenn der Vertrag in Abschnitte, bestehend aus jeweils entsprechenden Teilen der Leistung und Gegenleistung zerlegt ist[5]). Die in der Vergangenheit liegenden Abschnitte, bei denen von beiden Seiten die geschuldete Leistung erfolgt ist, gelten dann als erledigt, und es ist die Rechtslage so aufzufassen, als wenn nach jedem Abschnitt immer wieder ein neues Vertragsverhältnis beginnt. Wird somit die in einem gegenwärtigen Abschnitt zu erbringende Leistung des einen Vertragsteils unmöglich und der Gläubiger erklärt, mangels Interesse an der Vertragserfüllung Rücktritt vom ganzen Vertrag oder Schadensersatzforderung wegen vollständiger Nichtleistung, so wird im Zweifel die Wirkung seiner Erklärung sich nur

[4]) *Schollmeyer, S. 209. Bem. 7; Rehbein, S. 193; Kisch, S. 192. Zweifelhaft: Planck III. Aufl., S. 154.*

[5]) *Vergl. Kisch, S. 144; ferner Alsberg im Arch. für bürg. Recht, Bd. 22, S. 98 ff.*

auf die noch ausstehenden Leistungsteile erstrecken, während für die Vergangenheit eine Rechtsänderung nicht herbeigeführt wird.

III. Der Leistungsverzug.

a) Im Allgemeinen.

§ 12.

Während wir unter Unmöglichkeit das Zusammentreffen von Hindernissen verstehen, die das Bewirken der geschuldeten Leistung ausschliessen, stellt der Verzug seinem Wesen nach ein vertragswidriges Verhalten des Schuldners dar, indem dieser „unentschuldbar" nicht zur rechten Zeit leistet[1]). Die Gründe, die eine Verzögerung der Leistung herbeiführen, können entweder darin bestehen, dass der Schuldner einfach nicht leisten will, oder darin, dass er nicht rechtzeitig leisten kann. Im letzteren Fall stellt der Verzug zugleich eine zeitweilige Unmöglichkeit dar. Es ist aber ganz und gar unrichtig, den Verzug als eine Art Unmöglichkeit zu betrachten[2]), denn bei Verzug ist, abgesehen von den gesetzlichen Erfordernissen des § 284 des Weiteren noch vorausgesetzt, dass die Leistung noch vollständig möglich ist. Sobald daher die Verspätung der Leistung totale oder partielle Unmöglichkeit nach sich zieht, ist Verzugsrecht ausgeschlossen. Das Unmöglichwerden der Leistung infolge Verzögerung ist allerdings bei Dauerverträgen mit kontinuierlicher Leistung fast regelmässige Erscheinung, weil hier meist die Leistungszeit von so wesentlicher Bedeutung ist, dass späterhin die Leistung als ein aliud pro alio dem Gläubiger nicht mehr zugemutet oder vom Schuldner nicht mehr verlangt werden kann. Hievon war schon oben S. 38/39 die Rede, dabei wurde auch gezeigt, dass es immerhin nicht ausgeschlossen ist, dass trotz

---

[1]) *Dernburg, III. Aufl., S. 165, IV. Aufl., S. 179, Bd. II, 1.*

[2]) *Planck II, S. 97: „Verzug bedeutet die durch den Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit".*

der Verzögerung die Leistung völlig möglich bleibt. Auf die dort angeführten Beispiele kann verwiesen werden. Soweit also Verzug bei diesen Verträgen in Frage kommen kann, bewirkt er ein Hinausrücken des Leistungsbeginnes und damit ein zeitliches Verschieben der kontinuierlichen Leistung in ihrer Gesamtheit, ohne dass sich hiebei ein wesentlicher Unterschied gegenüber vorübergehenden Leistungen ergibt.

In ganz anderer Gestalt zeigt sich uns der Verzug bei Sukzessiv-Geschäften. Hier können die Voraussetzungen des Verzugs zunächst immer nur bezüglich einer Rate, d. i. eines Teiles der Gesamtleistung gegeben sein und nur nach und nach auf die jeweilig nächste Rate übergreifen. Es ist hier sonach primäre Erscheinung nicht Totalverzug, sondern Partialverzug bezüglich der einzelnen, für sich selbständigen Raten[3]). Hieraus ergibt sich als wichtige Folge, dass der Verzug, wenn der Schuldner mit mehreren Raten gleichzeitig im Rückstand ist, nicht diese sämtlichen Raten einheitlich ergreift, sondern dass auch jetzt noch eine Mehrzahl von Teilverzögerungen besteht, so dass der Gläubiger für jede der verzögerten Raten gesondert die Verzugsfolgen geltend machen kann[3]a).

Aus dem Umstand, dass jede Rate für sich in Verzug gelangt, würde eigentlich auch noch weiter folgen, dass der Gläubiger immer Rate für Rate abwarten muss, um dann bezüglich jeder einzelnen die Rechte aus § 326 auszuüben. Jedenfalls ist ihm dies unbenommen, und geht der Gläubiger dermassen gegen den säumigen Schuldner vor, so hat er die Möglichkeit bezüglich jeder einzelnen Rate abwechselnd eine andere der Verzugsfolgen zu wählen. Es würde aber für den vertragstreuen Gläubiger eine grosse Härte und Beeinträchtigung seiner Rechtsverwirklichung bedeuten, wenn er in allen Fällen auf ein solch schrittweises Vorgehen beschränkt sein sollte. Notwendig erheischen seine Inte-

---

[3]) *Vergl. Oertmann, S. 170; Düringer-Hachenburg, II. Aufl. 1, S. 273; Jacobi in Gruchot's Beitr., Bd. 50, S. 238; Hesse, S. 18/19.*

[3]a) *Für diese Auffassung spricht auch eine Entscheidung des R. G., mitgeteilt in D. J. Z. 1904, S. 267.*

ressen, dass ihm eine Handhabe eingeräumt werde, die ihm gestattet, die Verzugsfolgen sofort auf den ganzen Vertrag auszudehnen.

Während diese Ansicht in der Literatur allgemeine Zustimmung findet, besteht eine prinzipielle Meinungsverschiedenheit, unter welchen Bedingungen bei Verzug mit einer oder mehreren Raten Totalverzugsfolgen geltend gemacht werden können. Nach der einen Theorie[4]) gibt Verzug mit einzelnen Raten dem Gläubiger ohne Weiteres das Recht, für alle zukünftigen Raten vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen völliger Nichterfüllung zu fordern; dagegen ist nach der anderen Theorie[5]) die Erstreckung der Verzugsfolgen sowohl auf die bereits geleisteten, als auch noch nicht fälligen Raten nur möglich, wenn der Gläubiger infolge der Verzögerung an der Vertragserfüllung kein Interesse hat. Letztere Theorie stützt sich auf die Bestimmung in § 326 I, Satz 3, die für den Fall, dass die Leistung bis zum Ablauf der Nachfrist teilweise nicht bewirkt wird, auch die Folgen des mangelnden Interesses in § 325 I, Satz 2 verweist. Zwar wird es keinem Zweifel unterliegen, dass § 326 I, S. 3 auf die hier in Frage stehenden Fälle nicht direkt anwendbar ist; denn bei den Sukzessivverträgen handelt es sich von vorneherein um Verzug mit Leistungsteilen, während in § 326 I, S. 3 der Gesetzgeber davon ausgeht, dass vor der Fristsetzung sich die ganze Leistung in Verzug befunden hat. Dennoch glaube ich, dass der zuletzt erwähnten Theorie der Vorzug einzuräumen ist und zwar aus folgender Erwägung: Wenn der Verzug bei Sukzessiv-Verträgen, wie schon gesagt, primär Partialverzug ist, so involviert die Erweiterung der hieraus entspringenden Folgen dahin, dass sich der Schuldner so behandeln lassen muss, als wenn er mit der gesamten Leistung in Verzug wäre, für ihn eine über den zunächst vorliegenden Tatbestand hinausgehende Mehrbelastung und bedarf zu

---

[4]) *Vergl. vor allem Müller, in Gruch. Beitr., Bd. 50, S. 516 ff; Staub, Exkurs. zu § 374 H. G. B. Anm. 136, R. G. 61/131, 58/149.*

[5]) *Jacobi, a. a. O., S. 238; Hesse, S. 17; Oertmann, S. 170; s. a. Hachenburg in Leipz. Ztschr. 1907, S. 9 ff, insbesondere S. 17, 18.*

ihrer Rechtfertigung einer selbständigen, vom Gesetz anerkannten Grundlage. Als solche aber bietet sich nach dem ganzen Charakter des § 326 I, S. 3 und § 326 II in naheliegender und durchaus zweckentsprechender Weise der Mangel des Interesses seitens des Gläubigers an der Vertragserfüllung.

Diese Theorie wird dann noch, ähnlich, wie bei der teilweisen Unmöglichkeit des § 325, dahin ergänzt, dass dem Gläubiger die Rechte aus dem Verzug auch zugesprochen werden, insoweit er kein Interesse mehr an der Vertragserfüllung hat. Auch diese Ergänzung wird wohl, wenn man schon einmal auf dem Standpunkt der zweiten Theorie steht, Zustimmung finden. Ihre wichtigste Folge besteht darin, dass die Verzugsfolgen auf Raten, die in der Vergangenheit bewirkt worden sind, nicht übergreifen.

Allerdings gibt es Sukzessiv-Verträge, bei denen scheinbar gewichtige Gründe dafür sprechen, dass dem Gläubiger ohne Weiteres Totalsverzugsrechte zugebilligt werden. Es sind dies Verträge, deren Zweck fast nicht so sehr darin besteht, dass ratenweise geliefert wird, sondern deren wirtschaftliche Bedeutung nur dann völlig gewährleistet ist, wenn der vertragsmässig zwischen den einzelnen Raten liegende Abstand, also ihre zeitliche Aufeinanderfolge, genau gewahrt wird. Z. B. tägliche Lieferung eines bestimmten Produktes für die Dauer von vier Wochen zum Zwecke einer Heilkur. Die Beschaffenheit dieser Verträge bewirkt, dass die Verzögerung auch nur einer Rate notwendig Verzögerung aller nachfolgenden mit sich bringt. Derartige Fälle scheinen für die erste, von Müller und Staub vertretenen Theorie zu sprechen, indem hier der Gläubiger zweifellos bei Verzug sofort Rücktritt bezw. Schadensersatz bezüglich des ganzen Vertrages geltend machen kann; doch dürfte auch die von uns vertretene Theorie zu dem gleichen Ergebnis insofern führen, als bei solch rechtlicher Gestaltung der Verträge der Beweis eines mangelnden Interesses an der Vertragserfüllung als ohne Weiteres gegeben erachtet werden kann.

Auch bei den übrigen Sukzessiv-Verträgen, bei denen also die Fälligkeitstermine der einzelnen Raten unter sich in einem loseren Zusammenhang stehen, wird in einer ähnlichen Weise der Beweis des mangelnden Interesses dann

erübrigt sein, wenn der Schuldner mit einer beträchtlichen Anzahl von Raten in Verzug ist, und es wird sich zum Mindesten eine Erleichterung in der Beweisführung dann ergeben, wenn eine Rate bis zu dem Zeitpunkt verzögert wird, in welchem die Fälligkeit der nächstfolgenden Rate eintritt, so dass entweder die beiden Raten zusammenfallen, und insoweit der Charakter der sukzessiven Leistung aufgehoben wird, oder aber nun auch die zweite Rate, event. auch noch die nachfolgenden zeitlich zurücktreten müssen.

b) Die Folgen des Verzugs.

§ 13.

1. Für den Gläubiger ergibt sich als erstes Recht aus dem Leistungsverzug, dass er neben seinem Anspruch auf die Erfüllung gemäss § 286 Schadensersatz wegen der Verzögerung fordern kann. Für die Schadensberechnung gelten die allgemeinen Regeln der §§ 249 ff.
2. Der Gläubiger kann ferner vom Vertrag zurücktreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Jedoch hat das Gesetz in § 326 die Ausübung dieser Rechte für den Regelfall von einer Fristsetzung und der Erklärung, dass der Gläubiger die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist verweigere, abhängig gemacht. Die gesetzliche Bestimmung über die Fristsetzung hat eine beträchtliche Anzahl von Streitfragen ins Leben gerufen, die zum Teil auch für uns ein spezielles Interesse haben.

Die Fristsetzung muss eine angemessene sein, d. h. sie darf dem Schuldner gegenüber nicht zu kurz sein, andererseits aber braucht sie der Gläubiger auch nicht länger auszudehnen, als mit seinen Interessen vereinbar ist. Bei Dauerverträgen wird zur Bestimmung dessen, was als angemessene Frist anzusehen ist, die Vertragsdauer von Einfluss sein, so zwar, dass die Frist zu ihr meist in einem entsprechenden Verhältnis stehen wird; sie wird z. B. bei einem halbjährigen Vertrag sich in grösseren Grenzen bewegen, als bei einem monatlichen, wöchentlichen, etc. Ist die Fristsetzung zu kurz bemessen, so ist sie nach der einen Ansicht überhaupt wirkungslos, während wohl nach rich-

tiger Ansicht ihr wenigstens die Wirkung zugebilligt wird, dass sie eine angemessene Frist in Lauf setzt[1]). Eine zu kurze Fristsetzung kann aber ausserdem bei Sukzessivlieferungsverträgen unter Umständen eine andere, eigenartige Bedeutung haben. Wenn nämlich der vertragstreue Gläubiger bei Verzug mit einer Rate infolge mangelnden Interesses zwischen Partial- oder Totalverzugsfolgen wählen kann, dann wird sich seine Entscheidung nach der einen oder anderen Richtung meist in den Grössenverhältnissen der Nachfrist wiederspiegeln; z. B. deutet bei einem Lieferungsvertrag von etwa fünf je in einem Abstand von einem Monat zu liefernden Waggon Gerste eine Fristsetzung von nur wenigen Tagen schon an sich darauf hin, dass der Gläubiger seine Rechte auf die verzögerte Rate beschränken will, während eine Frist von einigen Wochen darauf schliessen lässt, dass der Gläubiger bezüglich des ganzen Vertrags vorgehen will. Es kann daher in solchen Fällen bei ungenügend präzisierter Erklärung des Gläubigers die zeitliche Ausdehnung der von ihm gesetzten Frist zu einem Hilfsmittel der Willensauslegung werden; vor allem wird eine zu kurz bemessene Nachfrist vom Schuldner als angemessene Partialverzugsfrist angesehen werden können, die also, vielleicht auch gegen die Absicht des Gläubigers, lediglich Partialverzugsfolgen auslösen wird.

Hat der Schuldner die Nachfrist untätig verstreichen lassen, so stehen dem Gegner, wie schon erwähnt, Rücktritt oder Schadensersatz zu. Für die Ausübung dieser Rechte gelten die bei der Unmöglichkeit des § 325 B. G. B. besprochenen Grundsätze. Des weiteren bestimmt dann noch § 326 in Satz 3: „Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 I, Satz 2 entsprechende Anwendung." Die Bedeutung dieser Vorschrift in Beziehung auf den Einzelratenverzug bei Sukzessivgeschäften haben wir oben kennen gelernt. Hier handelt es sich darum, auch noch mit einigen Worten den teilweisen Verzug bei kontinuierlichen Verträgen zu beleuchten. Wir finden hiebei einen rechtlichen Unterschied, je nachdem der Gläubiger die Nachfrist entweder derart bestimmt hatte, dass der säumige Schuldner die Lei-

[1]) *Staub, Exk. zu § 374, Anm. 89.*

stung bis zum Ablauf der Frist zu Ende bewirkt haben müsse, oder aber, dass er noch innerhalb der Frist mit der Leistung zu beginnen habe. Wird im ersteren Fall die Leistung bis zum Endpunkt der Nachfrist nur teilweise erfüllt — sei es, dass der Schuldner zu spät zu leisten anfing, oder eine erneute Unterbrechung eintreten liess — so trifft § 326 I, Satz 3 zu und der Gläubiger kann sonach bei mangelndem Interesse an der Vertragserfüllung seine Rechte bezüglich des ganzen Vertrags ausüben. Wird dagegen im zweiten Fall die Leistung rechtzeitig begonnen, aber noch vor Eintritt der durch die Nachfrist normierten Endgrenze wieder unterbrochen, so ist der Tatbestand des § 326 I, Satz 3 nicht gegeben; denn durch den rechtzeitigen Leistungsbeginn ist der Verzug endgiltig behoben und die Funktion der Nachfrist erschöpft; sie kann daher auf die nunmehrige Unterbrechung keinen Einfluss mehr haben, vielmehr wird durch die jetzige Unterbrechung ein neuer und selbständiger, wenn auch teilweiser Verzug begründet, der eine direkte Regelung im Gesetz nicht erfahren hat, aber nach Analogie von § 326 I, 3 zu beurteilen sein dürfte. Der Gläubiger muss also nun nochmals eine Frist setzen, innerhalb deren die Restleistung wieder aufzunehmen ist.

Von der Fristsetzung kann nach § 326 II abgesehen werden, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse hat. Wir können hier auf die einschlägige Literatur verweisen[2]).

IV. Die positiven Vertragsverletzungen.

§ 14.

Das B. G. B. hat die vom Schuldner zu vertretenden vertragsverletzenden Handlungen nur in der Form der Unmöglichkeit (§ 325) und des Verzugs (§ 326) einer allgemeinen Regelung unterzogen. Seit Staub's bekannter Monographie[1]) hat man jedoch immer mehr erkannt, dass es daneben noch andere Tatbestände gibt, die zwar eine grosse

---

[2]) *Siehe insbes. Oertmann, S. 171, Bem. 4 zu § 326.*

[1]) *Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904; s. a. Derselbe, Exk. zu H. G. B. § 374, Anm. 172 ff.*

innere Verwandtschaft zu Unmöglichkeit und Verzug besitzen, und nach unserem Rechtsgefühl auch ganz dieselben rechtlichen Folgen zu Gunsten des vertragstreuen Teils auslösen müssen, aber im Einzelnen doch nicht mit Unmöglichkeit oder Verzug identisch sind. Während diese beiden letzteren Begriffe voraussetzen, dass der Schuldner entweder nicht oder nicht rechtzeitig liefert, beruht die positive Vertragsverletzung auf einer dritten Möglichkeit, nämlich dass der Schuldner rechtzeitig, aber fehlerhaft die Leistung bewirkt[2]).

Eine solche Zuwiderhandlung gegen die Vertragspflichten nennt Staub positive Vertragsverletzungen, begreift hierunter aber ausser mangelhafter Leistung auch noch jede Verfehlung gegen eine auf ein Unterlassen gerichtete Verbindlichkeit. Doch ist nach richtiger Ansicht diese Gruppe völlig auszuscheiden[3]). Die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten können, wie Lehmann in seinem Werke die Unterlassungspflicht[4]) überzeugend nachweist, sowohl Unmöglichkeit als auch Verzug begründen. Daher beschränkt sich die positive Vertragsverletzung im eigentlichen Sinn auf mangelhafte Erfüllung positiver Leistungspflichten.

Für derartige Situationen hat das Gesetz bei der Regelung einzelner Vertragsarten besondere Vorschriften getroffen, unter denen an erster Stelle die Bestimmungen über Gewährleistung in den § 459 ff. zu nennen sind. Wenn es auch wohl zu weit gegangen ist, diesen Vorschriften absolut ausschliessliche Wirkung zuzusprechen, so dass für weitergehende Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung überhaupt nicht Raum bleibt[5]), so wird man doch zugeben müssen, dass einzelne der in Betracht kommenden Bestimmun-

---

[2]) *Vergl. Anton, Rücktrittsrecht bei pos. Vertragsverletzungen, insbesondere S. 17 ff.; Lesser, desgl. S. 2; Oertmann, Landesprivatrecht, S. 198 ff; siehe dagegen Siber, in Ihr. Jhrb., Bd. 50, S. 180.*

[3]) *Lesser, S. 3.*

[4]) *Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, S. 242 ff, ferner S. 262 ff.*

[5]) *Dernburg, Deutsche Juristenzeitung, 9. Jahrgang, S. 1 ff.*

gen die Rechte des Gläubigers erschöpfend regeln wollen. Auf Exklusivität deuten z. B. die §§ 463 und 480[6]). Soweit solche Bestimmungen sich in ihrer Wirkung erstrecken, kann von weitergehenden Rechten infolge positiver Vertragsverletzung keine Rede sein. Im Übrigen aber sind diese Rechte wichtige subsidiäre Hilfsmittel neben den Gewährschaftsansprüchen, prinzipiell von ihnen jedoch dadurch unterschieden, dass sie stets ein Verschulden des Verpflichteten voraussetzen.

Der durch das Schlagwort „positive Vertragsverletzungen" gekennzeichnete Theorienstreit bietet von Anfang an dadurch ein eigenartiges Bild, dass die verschiedenen Autoren mit wenigen Ausnahmen der übereinstimmenden Ansicht sind, dass dem vertragstreuen Gläubiger bei positiver Vertragsverletzung des Gegners Rücktritt vom Vertrage oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zuzubilligen seien. Die Meinungen gehen lediglich darüber auseinander, mit welcher juristischer Grundlage dieses Endresultat zu stützen sei. Es würde zu weit führen, an dieser Stelle auf die mannigfachen Begründungsversuche einzugehen, und es mag genügen, darauf hinzuweisen, dass Staub Analogie von § 326 anwendet, andere die Bestimmungen über Unmöglichkeit in § 325[7]), wieder andere die Vorschrift des § 276[8]) zu Hilfe nehmen. Daneben gibt es noch eine vierte Ansicht, die wohl am ehesten den Vorzug verdient; sie beschränkt sich nicht auf die Anwendung eines dieser Paragraphen, sondern erklärt, dass aus dem ganzen Charakter der §§ 276 mit 280 und 285 bezw. 325 und 326 der allgemeine Rechtsgrundsatz hervorginge, dass positive Vertragsverletzung von so wesentlicher Art, dass dem vertragstreuen Teil nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrags nicht zugemutet werden kann, ihm dieselben Rechte gewähren, wie § 325 oder § 326[9]).

---

[6]) *Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen im Arch. f. d. z. Pr., S. 89/90.*

[7]) *Goldmann und Lilienthal, I, S. 133, II. Aufl.*

[8]) *Crome, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. II, S. 65.*

[9]) *Vergl. Oertmann III, S. 200/01; Lesser, S. 46 ff. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Kiss in Arch. für bürg. R., Bd. 31, S. 180 ff., 194 auf dem Wege der sogen. freien Lückenausfüllung.*

Aus dieser Formulierung, die wir ähnlich auch bei Staub H. G. B., Anm. 173, Exkurs zu § 374 finden geht ohne weiteres hervor, dass das wichtigste Anwendungsgebiet des Rechtssatzes über pos. Vertragsverletzung sich bei gegenseitiger, längerer zeitlicher Bindung der Parteien ergibt. Und wie wir uns leicht überzeugen können, hat auch in den einschlägigen Abhandlungen die überwiegende Mehrzahl der Beispiele dauernde Verträge zum Gegenstand[10]). Vor allem sind es die Sukzessivlieferungsverträge, die den eigentlichen Ausgangspunkt der ganzen Lehre bilden und auf die die Rechtsgrundsätze der positiven Vertragsverletzung direkt zugeschnitten erscheinen. Es darf aber nicht übersehen werden, dass auch die Anwendung auf kontinuierliche Dauerverträge nicht ausgeschlossen ist, obwohl hier durch die Vorschrift über Kündigung etc. dem Gläubiger noch andere und meist bequemere Wege offen stehen. Allerdings finden wir die Meinung vertreten, dass bei denjenigen kontinuierlichen Verträgen, für die durch Anerkennung einer ausserordentlichen Kündigung bereits Fürsorge getroffen ist, die Rechtsfolgen der positiven Vertragsverletzung überhaupt nicht zur Anwendung gelangen können[11]). Jedoch dürfte eine solch ausschliessende Wirkung wohl nur in den Bestimmungen der §§ 538, 542 für den Mietvertrag zu erblicken sein, während z. B. der Anwendbarkeit der Grundsätze der positiven Vertragsverletzung bei Dienstvertrag, wenigstens in subsidiärer Weise, nichts im Wege steht[12]).

Die Anwendung der Regeln über positive Vertragsverletzungen auf Dauerverträge.

§ 15.

Es handelt sich hier regelmässig um folgende rechtliche Situation: Der zur Dauerleistung verpflichtete Schuld-

[10]) *Staub, pos. Vertr. S. 18, 19; Anton, S. 25 ff.; Lehmann, Arch. für d. z. Pr., Bd. 96, S. 92, 94, R. G. in D. J. Z., Bd. IX, S. 342, ferner in Spruchsammlung d. D. J. Z. 1907 zu § 326.*

[11]) *R. 16/370. Oertmann III, S. 201.*

[12]) *Anton, Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen; Brecht, in Jhr. Jhrbch., Bd. 54, S. 100, Anm. 1; Oertmann, Anm. IV, S. 348; Staudinger II. 1, S. 208.*

ner hat eine Zeit lang geleistet, jedoch ist er schuldhaft bisher seiner Verbindlichkeit in so mangelhafter Weise nachgekommen, dass dem Gläubiger zur Genügeleistung seiner Interessen mit der weiteren Vertragserfüllung nicht mehr gedient ist und ihm daher nicht mehr die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zugemutet werden kann. Aus der vertragsverletzenden Art der bereits bewirkten teilweisen Erfüllung entspringt für den Gläubiger das Recht, unter Verzicht auf den noch ausstehenden Teil der Leistung entweder vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

Von grosser praktischer Wichtigkeit ist hiebei die Frage, ob der Gläubiger dem vertragsverletzenden Schuldner eine Frist, ähnlich wie in § 326 setzen muss, mit der Ankündigung, dass er die ihm zustehenden Rechte ausüben werde, falls jener mit seinen Verletzungen fortfahre[1]). Im Prinzip dürfte der Ansicht jener Schriftsteller, die eine solche Fristsetzung und Ankündigung im Hinblick auf Treu und Glauben als unentbehrlich betrachten, zuzustimmen sein. Jedoch hat auch die gegenteilige Meinung[2]) vieles für sich, denn in einer grossen Anzahl von Fällen werden die Interessen des Gläubigers infolge des bisherigen schuldhaften Verhaltens des Gegners unbedingt auf eine sofortige Befreiung von der vertraglichen Bindung drängen, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner in Zukunft pflichtgemäss leisten werde. Z. B.: Ein Wirt hat längere Zeit von einer Brauerei mangelhaftes Bier geliefert erhalten; wenn nun auch die Brauerei infolge Fristsetzung seitens des Wirtes und Ankündigung der Leistungsablehnung wieder gutes Bier liefern würde, so wäre dem Wirt vielleicht nur wenig damit gedient, weil seine früheren Abnehmer infolge ihres Misstrauens gegen das Erzeugnis jener Brauerei sich nur schwer und zögernd entschliessen würden, wieder Bier von Wirt zu beziehen. Der Gläubiger wird sonach unter Umständen, namentlich wenn infolge der Vertragsverletz-

---

[1]) *Brecht, in Jhr. Ihrbüchern, Bd. 54, S. 91/97; Lehmann, Arch. für d. z. Pr., Bd. 96, S. 110.*

[2]) *Staub, pos. Vertragsv., S. 24, Exk. zu H. G. B. § 374, Anm. 173.*

ung auch eine nunmehr mangelfreie Erfüllung durch den Schuldner kein Interesse mehr hat, von jener Fristsetzung absehen dürfen.

Sind die Voraussetzungen gegeben, unter welchen der Gläubiger seine Rechte aus positiver Vertragsverletzung sofort geltend machen kann, so besteht äusserlich ein ähnlicher Rechtszustand, als wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der noch ausstehenden Leistung zu vertreten habe[3]). Mitunter kann aber auch eine echte Unmöglichkeit mit dem Tatbestand der positiven Vertragsverletzung konkurrieren. Wenn nämlich aus der bisherigen Beschaffenheit der schuldnerischen Leistung hervorgeht, dass auch für die Zukunft vertragsmässige Erfüllung ausgeschlossen ist, dann stehen dem Gläubiger auch die Rechte aus § 325 unmittelbar zu. Von solcher Unmöglichkeit war in ähnlicher Weise schon oben S. 44 ff. die Rede und wir haben darauf hingewiesen, wie gefährlich für den Gläubiger es ist, aus der Mangelhaftigkeit der bereits bewirkten Teile der Leistung auf deren Unmöglichkeit für die Zukunft zu schliessen. Wenn er daher nicht mit aller Sicherheit darauf rechnen kann, einen einwandfreien Beweis zu führen, wird es für ihn weit mehr vorzuziehen sein, sich auf positive Vertragsverletzung allein zu berufen.

Der Gläubiger kann bei positiver Vertragsverletzung zu seinem Rechte vielfach noch auf einem dritten Weg gelangen, indem er zunächst noch einmal weitere Leistung abwartet, diese sodann, falls sie wieder vertragswidrig ausfällt, als Nichtleistung zurückweist und so den Schuldner in Verzug setzt. Die Zurückführung der positiven Vertragsverletzung auf Verzugstatbestand wird in der Regel sicher zum Ziele führen, jedoch steht diesem Vorteile gegenüber, dass sie für den Gläubiger zugleich die Geltendmachung seiner Rechte hinauszögert[4]).

Im Einzelnen ergeben sich bei der Anwendung der Regeln über pos. Vertragsverletzungen auf Dauerverträge noch folgende hauptsächliche Grundsätze:

---

[3]) *Oertmann, S. 168 III. S. 200/201.*

[4]) *Oertmann, Landesprivatrecht, S. 198/99; Staub, Exk. zu § 374 H. G. B., Anm. 179; vergl. auch Dernburg in D. J. Z. 1903, S. 1 ff. und Lehmann a. a. O., S. 107.*

1. Die Vertragsverletzung muss eine erhebliche sein. Diese Eigenschaft kommt ihr vor allem dann zu, wenn sie zeitlich lange angedauert hat, indem sie bei kontinuierlichen Leistungen einen im Verhältnis zur Vertragsdauer beträchtlichen Zeitraum hindurch besteht, oder indem sie bei Sukzessivverträgen eine grössere Anzahl einander folgender Raten ergreift. Die Länge der Dauer wird aber ersetzt durch die Intensität der schädigenden Wirkung. Man drückt dies gewöhnlich so aus, dass auch eine einmalige Vertragsverletzung, — die also nur im Rahmen einer einzigen Erfüllungsrate oder aber mit geringer zeitlicher Erstreckung auftritt—, schon zur Begründung der beiden Ersatzrechte für den Gläubiger genügen kann, wenn sie von solcher Erheblichkeit ist, dass sie eine wesentliche Gefährdung oder gar Vereitelung des Vertragszweckes bedeutet[5]).
2. Die Geltendmachung des Rücktritts oder Schadensersatzes bezüglich des noch ausstehenden Teiles der Leistung ist nicht davon abhängig, dass dem Gläubiger auch noch irgend welche Rechte in Hinsicht auf die in der Vergangenheit liegende Vertragserfüllung zustehen. Dagegen aber wird die Erwägung von rechtlicher Bedeutung sein, ob der Gläubiger nicht etwa durch eigenes Verschulden bezüglich der bereits bewirkten Leistung seiner Ansprüche, z. B. wegen Sachmängel nach § 459 ff. verlustig gegangen ist. Die Vermutung eines zum Mindesten recht fahrlässigen Verhaltens des Berechtigten liegt aber dann nahe, wenn die Vertragsverletzung schon eine geraume Zeit hindurch bestanden hat, ohne dass sich jener hiewegen gerührt hätte. Wenn z. B., wie in den bei Staub angeführten Fällen[6]) ein Badebesitzer drei Wochen lang täglich schlechte Kohlen sich hat liefern lassen, oder wenn eine Stadtverwaltung gar ein ganzes Jahr mitangesehen hat, dass die Gasfabrik, der es übertragen ist, die Stadt mit Leuchtgas zu versor-

---

[5]) *Vergl. vor allem Reichsgericht Bd. 67 S. 5; Staub. Exk., Anm. 175, 181. Brecht in Ihr. Ihrbüchern Bd. 54, S. 83 ff.*

[6]) *Staub, Positive Vertragsverletzungen, S. 18/19.*

gen, fortwährend mangelhaftes Gas liefert, so kann der Badebesitzer, die Stadtverwaltung nunmehr nicht auf einmal und ohne Weiteres gegen den Schuldner vorgehen. Bevor sich der Berechtigte hiezu entschliesst, muss er wenigstens schon in unzweideutiger Weise bekundet haben, dass er an der Erfüllung des Vertrags kein Interesse habe, falls in der bisherigen vertragswidrigen Weise seitens des Schuldners fortgefahren würde[7]). Hat er dies aber schuldhaft unterlassen, so verlangen Treu und Glauben, dass der Gegner nicht plötzlich in eine Lage versetzt wird, deren Eintreten er vielleicht verhindert haben würde, wenn er vom Gläubiger rechtzeitig darauf hingewiesen worden wäre[8]). In solchen Fällen bleibt dem Gläubiger nur übrig, noch einmal Weiterleistung abzuwarten, und sich dann zu regen.

3. Der Gläubiger kann die Rechte aus positiver Vertragsverletzung auch dann nicht geltend machen, wenn der Schuldner nach zeitweiliger vertragswidriger Leistung schon wieder vertragsgemäss seinen Verbindlichkeiten nachgekommen ist, bevor der Gläubiger die Ablehnung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft in Aussicht gestellt hat. Denn das Wesen der pos. Vertragsverletzung besteht darin, dass dem Gläubiger auf Grund bisheriger mangelhafter Erfüllung nicht zugemutet werden kann, weitere Leistung abzuwarten, indem gewissermassen präsumiert wird, dass ja auch in dem noch ausstehenden Teil der Leistung keine Besserung eintreten werde. Dieser Präsumption wird aber durch effektive Besserleistung der Boden entzogen und dadurch das Verlangen des Gläubigers, den Vertrag mit dem ungetreuen Gegner abzubrechen, gegenstandlos[8]a).

4. Da bei positiver Vertragsverletzung der Gläubiger aus der vertragswidrigen Beschaffenheit der bereits erfolgten Leistung Rechte in Ansehung des noch ausstehen-

---

[7]) *R. G. 63/297.*

[8]) *Staub, Exk., Anm. 179, 183. R. G. 54/103.*

[8]a) *Staub, a. a. O. Anm. 183.*

den Teiles der schuldnerischen Verpflichtung ableitet, ohne Rücksicht darauf, wie die Leistung in Zukunft ausfallen würde, so ergibt sich, dass er wegen dieses Restes nur ungeteilt und einheitlich entweder Rücktritt erklären oder Schadensersatz fordern kann. Ungeteilt insofern, als der Gläubiger die Ausübung der ihm zustehenden Rechte nicht auf einen Teil der noch ausstehenden Leistung beschränken kann. Er kann also nicht nach den von Stammler[9]) für die teilweise Unmöglichkeit aufgestellten Grundsätzen nochmals eine Teilung der noch ausstehenden Vertragsleistung vornehmen, und nur bezüglich eines dieser Teile zurücktreten oder Schadensersatz fordern. Die Einheitlichkeit besteht darin, dass für den Rest des Vertrages, auch wenn die Erfüllung in Raten oder in Abschnitte zerlegt ist, nur Schadensersatz oder nur Rücktritt beansprucht werden kann, so dass etwa ein Abwechseln zwischen Rücktritt und Schadensersatz für je einen anderen Leistungsabschnitt ausgeschlossen ist.

5. Wählt der Gläubiger Rücktritt vom Vertrage, so wird dem Vertrage in ganz gleicher Weise ein Ende gesetzt, wie bei fristloser ausserordentlicher Kündigung. Wir sind dieser Erscheinung schon bei Unmöglichkeit und Verzug begegnet[10]) und so eigenartig sie auf den ersten Blick berühren mag, beruht sie doch auf logisch einwandfreier Grundlage. Wenn sich daher Müller-Erzbach[11]) in seinem mehrfach zitierten Aufsatz gegen das Rücktrittsrecht aus positiver Vertragsverletzung in Ansehung des noch ausstehenden Teiles der Leistung wendet, weil es überhaupt eine echte Kündigung statuiere, und vorschlägt, an Stelle der Regeln über positive Vertragsverletzungen für Dauerverträge allgemein ein Kündigungsrecht auszusprechen, so ist der Vorschlag, wie wir jetzt erkennen, überflüssig. Wir haben uns gegen den Vorschlag von Müller-Erzbach auch schon oben in § 5 a. E. gewandt

---

[9]) *S. o. S. 53.*
[10]) *S. o. S. 50, 58.*
[11]) *S. o. S. 1, Anm. 1.*

und können den dort angeführten Gründen, die gegen den Vorschlag von Müller-Erzbach sprechen, auch noch einen weiteren hinzufügen. Setzt man nämlich an die Stelle der Rechte aus pos. Vertragsverletzung ein Kündigungsrecht, so ist damit allein dem Verkehrsbedürfnis nicht ganz Genüge getan. Zwar geht das Interesse des geschädigten Gläubigers in vielen Fällen lediglich darauf, von dem lästigen Vertrag loszukommen[12]), aber es wird sich nicht viel seltener auch als eine unabweisbare Forderung herausstellen, dem Gläubiger Schadensersatz zuzubilligen. Zu diesem Zwecke ist es aber dann doch wieder nötig, auf das Prinzip der pos. Vertragsverletzung zurückzugreifen. Auch nach dieser Richtung erscheint sonach die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen gegenüber dem Vorschlag von Müller-Erzbach als das Einfachere und Zweckmässigere[13]).

6. Rücktritt und Schadensersatz können auf den ganzen Vertrag erstreckt werden, also auch auf den bereits erfüllten Teil des Vertrages, wenn infolge der Vertragsverletzung die Erfüllung des ganzen Vertrages für den Gegner kein Interesse mehr hat. Jedoch ist dies nur insoweit möglich, als nicht ausschliessende Rechtsregeln bezüglich des bereits geleisteten Teiles der Leistung die Anwendbarkeit der Grundsätze der positiven Vertragsverletzungen überhaupt hintanhalten. In den meisten Fällen wird zudem z. B. bei bestimmungsgemässer Verwendung geleisteter Raten, ein Anlass für den Gläubiger zur Geltendmachung der Folgen positiver Vertragsverletzung für die Vergangenheit gar nicht gegeben sein[14]).

Schluss.

§ 16.

Wir haben in den vorstehenden Abschnitten die wichtigsten Vorschriften des allgemeinen Obligationenrechtes in ihrer Anwendung auf Dauerverträge betrachtet und dabei

[12]) *Vergl. Hesse, S. 42.*
[13]) *Siehe auch Brecht, a. a. O. S. 98.*
[14]) *Oertmann III, S. 201.*

mancherlei charakteristische Eigenschaften gefunden, die einesteils die organische Zusammengehörigkeit der verschiedenen Repräsentanten der Klasse „Dauerverträge", andererseits aber auch den prinzipiellen Unterschied zu den Verträgen bekunden, die auf eine vorübergehende Leistung gerichtet sind. Als positives Resultat unserer Untersuchung dürfte sich die Erkenntnis ergeben, dass es sowohl eine Bereicherung als auch eine Vereinfachung des Systems der Schuldverhältnisse bedeuten würde, wenn künftighin der Gesetzgeber auch einen Abschnitt über Dauerverträge aufnehmen würde. Es würden dadurch viele Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung der jetzigen allgemeinen Vorschriften auf Dauerverträge entgegenstellen, hinweggeräumt, zugleich aber auch manche Bestimmungen in dem besonderen Teil erspart werden. Vielleicht wird man einen solchen Vorschlag gerade in jetziger Zeit skeptisch beurteilen; denn eine mächtige Strömung kämpft in der neueren Literatur gegen die Herrschaft des Begriffes in der Rechtswissenschaft an, und will allein freie Rechtsschöpfung auf Grund der konkreten wirtschaftlichen Interessen gelten lassen. Jedoch mehren sich auch schon wieder die Anzeichen dafür, dass man erkannt hat, dass auch hier der goldene Mittelweg zwischen den Extremen am besten zum Ziele führt[1]). Weder ein einseitig starres Festhalten an der Konstruktion der Begriffe, noch eine von jedem System losgelöste Rechtsschöpfung kann für sich eine gedeihliche Entwicklung ermöglichen, vielmehr wird nur die gegenseitige Einwirkung, Anregung und Förderung der beiden Richtungen die Grundlagen des Fortschrittes in der Erkenntnis des anzuwendenden Rechtes bilden. Dass wir uns aber in einer Periode fortschreitender Entwicklung auf dem Rechtsgebiete befinden, davon gibt die Erscheinung Kunde, dass immer mehr neue, den modernen Rechtsbedürfnissen angepasste Begriffe geprägt werden, die nach höheren Gesichtspunkten vielerlei kasuistische Einzelvorschriften zu einer Einheit zusammenfassen lassen. Zweien der markantesten Beispiele dieser Gruppe sind wir im Verlauf unserer Arbeit zu mehreren Malen begegnet. Es sind dies die „positiven Vertrags-

---

[1]) *Vergl. Hedemann, im Arch. für bürg. R., Bd. 22, S. 286.*

verletzungen“ von Staub und namentlich das bedeutsame Werk von Lotmar „Der Arbeitsvertrag”. Zu den Symptomen neuzeitlichen Fortschreitens der Rechtswissenschaft darf wohl auch die Aufstellung des umfassenden Begriffes der Dauerverträge gerechnet werden, und es ist mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass dieser Begriff bei systematischer Weiterbildung und Durchführung für Theorie und Praxis neue, zielfördernde Bahnen aufschliessen wird.

Literatur-Verzeichnis.

Alsberg: Die Prozessuale Aufrechnung gegenüber dem vertragsmässigen Exmissionsrechte des Vermieters; Arch. für bürg. R. Bd. 22. S. 93 ff.

Anton: Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht? Erlangen 1906.

Brecht: Die einfache und die wiederholte positive Vertragsverletzung. Jhr. Jhrbücher Bd. 54. S. 83.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 4. Aufl. 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. 3. u. 4. Aufl. Bd. II. 1 u. 2.

— Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzungen. D. J. Z. 1903. S. 1.

Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch. II. Aufl. II. Bd. 1. Abt.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Ehrenbacher: Der bayerische Bierlieferungsvertrag. 1906.

Hachenburg: Der Verzug bei Sukzessivlieferungen, Leipz. Zeitschr. 1907. S. 9 ff.

Hesse: Die Verträge auf fortgesetzte Lieferungen nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Marburg 1906.

Hedemann: Zivilistische Rundschau 1906—1907. Bd. 31. Arch. für bürg. R. S. 268 ff.

Jacobi: Die Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrag. Gruch. Beitr. Bd. 50. S. 236 ff.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kiss: Zur Frage der sogenannten positiven Vertragsverletzungen. Arch. für bürg. R. Bd. 31. S. 175 ff.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. Bd.

Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess. Arch. für ziv. Pr. Bd. 101.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.

— Die positiven Vertragsverletzungen, Arch. für d. ziv. Praxis. Bd. 96. S. 60 ff.

Lesser: Gaben und geben positive Vertragsverletzungen ein Rücktrittsrecht? Breslau 1906.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs.

Makower: Handelsgesetzbuch. Bd. II.

Motive zum Entwurf des B. G. B. Bd. II.

Müller: Der Sukzessivlieferungsvertrag, Gruch. Beitr. Bd. 50. S. 508 ff.

Müller-Erzbach: Rücktritt bei „sukzessiven Lieferungsgeschäften" und ähnlichen Verträgen. D. J. Z. IX. Jahrgang. S. 1158 ff.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. (Soweit die im Sommer 1910 erschienene 3. u. 4. Aufl. zitiert ist, ist dies durch die Bezeichnung Oertmann III kenntlich gemacht.)

— Bayerisches Landprivatrecht 1906; der Bierlieferungsvertrag. S. 193 ff.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Bd. II.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd. 1903.

Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag: 1905.

Savigny: Obligationenrecht, System des heutigen römischen Rechts.

Schollmeyer: Kommentar zu Buch II des B. G. B.

Schöller: Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Gruch. Beitr. Bd. 45. S. 511 ff.

Schultzenstein: „§ 617". Arch. für bürg. Recht. Bd. 23. S. 219 ff.

Siber: Die Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht Jhr. Ihrbücher. Bd. 50. S. 55 ff.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Bd. II.

— Die positiven Vertragsverletzungen 1904.

Staudinger: Kommentar z. bürgerlichen Gesetzbuch. 3., 4. Auflage. Bd. II. 1.

Titze: Unmöglichkeit und Unvermögen 1900.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 1906. Bd. II.

Wölbling: Zur rechtlichen Natur des Akkordvertrages D. J. Z. XIV. Jhrgg. S. 1496 ff.

Arch. für bürg. R. = Archiv für bürgerliches Recht.
— für d. ziv. Pr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Gruch.-Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot.
Jhr. Jhrbücher = Jhering's Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Leipz. Zeitschr. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
R. G. = Reichsgericht.
R. G. (mit Zahlen) = Entscheidungen des Reichsgerichts.
R. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Seuff. Arch. = Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
A.-G. = Ausführungsgesetz.
B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
C. P. O. = Cicilprozessordnung.
H. G. B. = Handelsgesetzbuch.